PREFEITURA DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO JURIDICO

J. H. MEIRELLES TEIXEIRA

REVISÃO DAS TARIFAS

DO

SERVIÇO TELEFÔNICO

(PARECER)

REVISTA DO ARQUIVO MUNICIPAL
SÃO PAULO — 1939

1. — Estabelecendo o contracto vigente revisões periodicas das tarifas em épocas determinadas, não assiste à Companhia direito à revisão immediata das mesmas, porquanto não nos encontramos em qualquer das épocas prefixadas no referido contracto, para tal fim, cumprindo notar que as revisões que deveriam ter sido levadas a effeito em 1930 e em 1935 não foram realizadas por não ter a Companhia adoptado um systema adequado de contabilidade, para o serviço da Capital.

2. — Postas, porém, de parte taes questões, a revisão das actuaes tarifas dependeria de conversão do capital da Companhia a moeda brasileira, ex-vi do decreto federal n. 23.501, de 23 de novembro de 1933, que prohibiu as estipulações de pagamento em ouro, em qualquer de sua modalidades.

3. — Necessidade de conversão do capital da Companhia a moeda nacional — Applicação das taxas cambiaes vigentes às épocas das respectivas incorporações. O systema que se impõe para base da avaliação do capital das empresas de serviços publicos é o do *custo historico*, e não o do *custo de reproducção*.

4. — Clausula contractual exorbitante da lei de autorização — Nullidade de pleno direito.

5. — Principios geraes applicaveis na fixação de novas tarifas — Adopção do serviço medido — O criterio da "remuneração justa ou adequada", segundo a Constituição Federal.

6. — Nenhum valor juridico tem a declaração da Companhia, exonerando-se de qualquer responsabilidade pela deficiencia do apparelhamento telephonico da Capital. A obrigação do concessionario de prestar serviço adequado, implicita em toda concessão de serviços publicos, persiste ainda que este se encontre em regimen deficitario, hypothese que, entretanto, não occorre absolutamente em relação à Companhia.

7. — Conclusão.

1 — Com fundamento na clausula 20a., n.º IV, do contracto de 20 de abril de 1926, solicita a Companhia Telephonica Brasileira, concessionaria do serviço telephonico no Municipio, revisão das tarifas vigentes e adopção do systema de serviço medido, allegando, em resumo:

a) — que o relatorio da tomada de contas demonstrou que a média dos lucros liquidos da Companhia, no ultimo cinco anno, memo com a deducções feitas pelos fiscaes, de parcellas ainda susceptiveis de posterior acceitação parcial ou integral, não attingiu a 2,3%, e no melhor anno esse lucro foi de 3,3% apenas;

b) — que o contracto vigente faculta à Companhia um lucro médio de 10% ao anno, podendo oscillar entre um minimo de 8% e um maximo de 12%, mantendo-se a média de 10% por meio de reservas;

c) — que a Companhia não pretende, porém, com o augmento proposto, alcançar a média contractual de 10%, nem mesmo o minimo de 8%, para não falar na recuperação dos lucros que deixou de auferir nos annos passados, propondo, antes, um augmento modico, em face do custo comprovado da prestação do serviço, e visando com isso normalizar sua situação e obter os novos capitaes, de que precisa para cumprir suas obrigações contractuaes, melhorar e ampliar o serviço.

Quanto ao systema de *serviço medido* para todas as classes de assignantes, excepto os de residencia, (clausula 20, n.º IV, § unico do contracto), dependendo sua adopção de encommenda, fabricação e installação definitiva dos medidores necessarios, pleiteia a Companhia um augmento provisorio das tarifas, de accôrdo com certas bases, que propõe, até que o referido systema possa entrar em vigor.

O pedido e allegações da Companhia constam dos seus officios 1.989/38 (fls. 1) e 2.552/38 (fls. 1 do processo n.º 90.432/38 annexo), convindo lembrar que já pelo officio 300/38, dirigido ao então Prefeito, Dr. Fabio Prado, formulava a Companhia identico pedido, declarando:

> "Em virtude do longo periodo decorrido, o apparelhamento desta Companhia exgotou-se completamente. Como resultado, o serviço em São Paulo decahiu sensivelmente, surgindo demoras no estabelecimento de ligações, irregularidades de serviço e difficuldades em attender novos pedidos de installações.
>
> Esta situação está se aggravando consideravelmente e a Companhia vem recebendo diariamente numerosas reclamações de seus assignantes, relativas ao serviço. A presente situação irá se tornando gradativamente peior, até que as taxas sejam revistas de modo a assegurar uma remuneração razoavel do capital invertido, habilitando assim a Companhia a financiar os accrescimos indispensaveis.
>
> . . . . . .
>
> "A Companhia deseja trazer à sua attenção o facto de que as taxas telephonicas na cidade de São Paulo têm permanecido inalteradas desde a assignatura do contracto de 1926, emquanto que o custo de seu apparelhamento subiu a mais do dobro, devido à elevação do dollar. Aliás, como V. Excia. sabe, tem havido no Brasil um augmento notavel no preço de todas as commodidades durante estes ultimos annos.
>
> O contracto dá à Companhia Telephonica o direito de augmentar suas taxas para que possa auferir uma média de 10%, e a primeira intenção desta Companhia foi a de pleitear um augmento que pudesse dar esse rendimento.

> Tomando em conta, porém, a ponderação repetidamente feita por V. Excia. de que semelhante augmento, applicado neste momento, seria inopportuno, a Companhia appella para V. Excia. no sentido de ser autorizada a adoptar, pelo menos, as taxas abaixo especificadas, apesar de não serem as mesmas sufficientes para proporcionar nem mesmo o lucro de 8%, previsto no contracto.
>
> Tomando essa attitude, que resulta tão sómente das ponderações feitas por V. Excia. sobre a presente situação enconomica do paiz, esta Companhia espera que lhe seja futuramente facultado reajustar suas taxas, para que ellas produzam a remuneração estipulada no contracto".

E' de pôr-se tambem em relevo a attitude posteriormente assumida pela Companhia, em seu officio 2.552/38, dirigido ao Sr. Prefeito Municipal, no qual, depois de solicitar urgente solução para o seu pedido, afim de que possa a Companhia obter novos capitaes para execução de obras de normalização do serviço telephonico urbano e ampliação da rêde, conclue a Companhia:

> "Essas obras são inadiaveis e esta Companhia tem, desde o principio do anno passado, posto essa Prefeitura ao corrente das graves consequencias que o seu adiamento indefinido acarretará para o serviço de communicações telephonicas. Não podendo realizal-as, apesar "dos seus successivos esforços para obter a applicação de dispositivos contractuaes vigentes e não obstante o relatorio da tomada de contas ter reconhecido estar sendo baixa a renda liquida do serviço, a Companhia, fazendo este appello a V. Excia., deseja tambem declarar, para os fins de direito, que se considera exonerada de qualquer responsabilidade que possa advir da insufficiencia, cada dia mais accentuada, do apparelhamento telefonico desta Capital".

2 — À vista do exposto, consulta o Sr. Prefeito Municipal sobre o pedido da Companhia, de um modo geral, e em especial:

> a) — se, estabelecendo o contracto revisões periodicas, em datas determinadas, não é extemporanea a solicitação da Companhia;

b) — se dita revisão não está incursa na lei Oswaldo Aranha, que prohibe os pagamentos em moeda estrangeira, tal como já se decidiu no caso da "Societé Anonyme du Gas", do Rio de Janeiro (decretos federaes nos. 23.501, de 1933, e 23.703, de 1934);

c) — se o reconhecimento do capital em dollares, do contracto vigente, obriga necessariamente, para effeito de tarifa, à conversão pelo cambio da época da revisão, ou se não admitte, por exemplo, conversão na base do cambio às datas das entradas ou inversões de capital;

d) — se a maneira de fixação das tarifas estabelecidas pelo executivo municipal na clausula 20a. do contracto não exorbitou algo sobre o criterio enunciado pela lei municipal para as revisões, e se, no caso affirmativo, torna-se ainda obrigatoria a observancia daquella maneira de fixação;

e) — qual o alcance do limite tarifario estabelecido pelo contracto, com referencia ao cambio de 8$000 por dollar, e se esse alcance é absoluto ou escapa à revisão proposta pela Companhia;

f) — se, em face do contracto, não tem a Prefeitura meios regulamentares e fiscaes sufficientes para obrigar a Companhia a prestar bom serviço e reprimir eventuaes sabotagens destinadas a forçar ou apressar a revisão solicitada,

e, assim expostas as pretensões da Companhia e as duvidas suscitadas, e tendo em vista os elementos constantes do processo, passamor a opinar.

A CLAUSULA 20A. DO CONTRACTO E A QUESTÃO DA REVISÃO DAS TARIFAS

3 — Indaga o Sr. Prefeito Municipal se, estabelecendo o contracto revisões periodicas de tarifas, em épocas determinadas, não é extemporanea a solicitação da Companhia.

Parece-nos que sim, isto é, que à Companhia não assiste direito à revisão immediata de suas tarifas pelos motivos que passamos a expôr:

4 — Dispõe a clausula 20a., n.º IV do contracto vigente:

> "Decorridos quatro (4) annos, a partir da assignatura do presente contracto, e, dahi por deante, no fim de cada periodo de cinco (5) annos, as taxas mencionadas nos numeros I, II e III da presente clausula serão revistas, por accôrdo entre a Prefeitura e a Companhia. No caso de não se chegar a um accôrdo, as divergencias serão resolvidas por arbitramento, na forma indicada pela clausula 13a deste contracto.
>
> § unico — Fóra dessas revisões periodicas obrigatorias, qualquer alteração das taxas acima fixadas dependerá do consentimento da Prefeitura. Fica entendido, desde já, que, por occasião da primeira revisão, será adoptado o regimen do serviço medido, por telephonemas, para todos os casos em que o telephone não se destine ao uso exclusivo de residencia particular".

Tendo sido o contracto assignado aos 20 de abril de 1926, as revisões periodicas, a que se refere a clausula transcripta, deveriam ter sido levadas a effeito em abril de 1930 e em abril de 1935.

Não o foram, porém, mas a razão disso não pode, por forma alguma, ser imputada senão à propria Companhia.

De facto, *a revisão de tarifas implica, como é obvio, conhecimento exacto da situação economica do concessionario*, isto é, na *possibilidade de verificar-se perfeitamente, no momento fixado para a revisão, qual a renda auferida na exploração do serviço, quaes os lucros liquidos apurados*, e se esses lucros constituem a remuneração assegurada pelo contracto ou aquella que deva ser considerada razoavel, em funcção do capital effectivamente empregado.

Ora, segundo consta do relatorio da Divisão de Serviços de Utilidade Publica, referente ao anno de 1933, a escripturação da Companhia, ainda àquella época, não permittia fosse levada a effeito a necessaria tomada de contas:

> "Exhibiu a Companhia Telefonica Brasileira, para ser examinado, o livro da conta "Capital", onde estão escripturadas as importancias relativas a novas installações e a retiradas de installações do serviço telephoni-

co do Municipio de São Paulo. Como elementos elucidativos desses lançamentos exhibiu ainda a collecção de ordens de serviço (work orders) e a collecção de mappas discriminativos das despezas e custo de materiaes, denominados "modelo 7". Essas collecções, entretanto, dizem respeito a toda a divisão do Estado de São Paulo. Embora cada ordem de serviço e cada mappa se refiram a determinado serviço, somos de parecer que esses documentos internos sejam collecionados separadamente para o Municipio da Capital. *Foram esses os unicos documentos apresentados como comprovantes, que julgamos insufficientes para uma tomada de contas, por serem documentos internos.*

Procurámos, então, que a Companhia apresentasse os documentos que serviram de base para a organisação dos mappas. O exame desses documentos ficou a cargo do sr. engenheiro Plinio A. Branco, desta Inspectoria, tambem designado para realizar a tomada de contas, cujo relatorio é apresentado em separado. *Esses documentos não satisfizeram as necessidades da tomada de contas, por serem na maioria internos* (fichas de almoxarifado, ordens de entrega de materiaes, notas de materiaes sahidos, relatorios "de horas de serviço, etc.), *sendo que os documentos iniciaes, dos quaes esses se originaram, abrangem englobadamente toda a divisão do Estado. impossibilitando portanto a determinação exacta do custo das installações.*

. . . . . .

Pelo que acabamos de expôr, *ha absoluta necessidade de ser organisada uma escripta completa e independente do Serviço Telefonico do Municipio de São Paulo,* aliás prevista na clausula 25a. do contracto assignado em 20 de abril de 1926, para a determinação do capital effectivamente gasto com o serviço do Municipio, e a respeito da receita e da despeza desse serviço, devendo ser facilmente accessiveis ao exame os livros e documentos, conforme determina a clausula 24ª., *o que não se verifica actualmente".*

Do relatorio da tomada de contas referente ao exercicio de 1935, redigido pelo Sr. Engenheiro Plinio Branco, Chefe da Sub-Divisão de Concessões, trabalho que, diga-se de passagem, pelo

DEPARTAMENTO JURIDICO BIBLIOTECA Prefeitura de S. Paulo

esforço incommum que representa e pela orientação segura adoptada, honra sobremaneira aquelles que o levaram a effeito, destacaremos o seguinte topico:

"A organização da Companhia Telefonica tem sido commentada com severidade em todos os relatorios desta Fiscalização.

Essa preoccupação dos fiscais não é somente desejavel, mas extremamente necessaria. Como poderiam elles exercer as suas attribuições antes de conhecerem com segurança a estructura e a maneira de funccionar de todo o systema representado pela Companhia Telefonica Brasileira?

Desta vez, porém, a nossa maior attenção foi dedicada ao plano de contabilidade adoptado pela Companhia, visto como tal plano tem sido frequentemente criticado como não satisfazendo às disposições contractuaes. *Forçoso é confirmar essa apreciação, pois que não existe, propriamente, uma escripturação destinada a registrar as operações realizadas exclusivamente dentro do Municipio de São Paulo mas, sim, um conjuncto de registros que abrange todos os factos originados em toda a Divisão do Estado de São Paulo.*

Não obstante as disposições contidas nas clausulas 24a. e 25a. determinarem uma escripturação especial dos serviços telefonicos do Municipio, *não foi pequeno o esforço desta Fiscalização para segregar daquelle conjuncto a parte que realmente interessa à Capital.* E isso só se tornou possivel depois que a Companhia, attendendo às reiteradas recommendações desta Fiscalização, começou a pôr em pratica algumas das suggestões indicadas em relatorios anteriores. Dentre as modificações alludidas, destacam-se as seguintes, pela simplicidade e pelo grande proveito que trouxeram: adopção de uma serie numerica especial para o Municipio, reservando para este os primeiros numeros da série geral; separação das fichas de requisição de materiaes do Almoxarifado para as obras realizadas no Municipio de São Paulo, encadernadas mensalmente e com as respectivas sommas; colleccionamento dos jornaes de mão de obra por mez, collocados em ordem de turma;

os jornaes ou pontos de garage, tambem collecionados por mez e agrupados segundo as categorias ou grupos de carros.

Do que acima ficou dito, conclue-se que não existindo uma escripturação especial para o Municipio de São Paulo, e sentindo-se a Companhia em difficuldades para organisal-a, o seu trabalho deverá consistir em archivar os seus documentos de tal maneira que a fiscalização possa, em qualquer momento, obter com facilidade o reagrupamento de todos os documentos de uma determinada classe e do interesse exclusivo do Municipio de São Paulo, reagrupamento esse que o systema mecanico, como o Hollerith, viria tornar extremamente pratico. Na falta desse recurso, a distincção dos documentos deverá ser feita por côres, formatos, numeração, tamanhos, etc" (pag. 17).

A fls. 10 do mesmo relatorio já havia o Dr. PLINIO BRANCO observado que *sómente a phase de pesquizas preliminares à tomada de contas importou em cerca de cinco mezes de trabalho nos escriptorios da Companhia*, pois tiveram, elle e seus auxiliares, de compulsar todos livros que contêm lançamentos referentes a contas do Municipio, folhear todas as entradas do Diario e respectivos annexos, apanhar todas as importancias lançadas nas folhas E-7 para vêr realizado esse trabalho, que, afinal, superou todas as difficuldades encontradas, porque mostra, em suas minucias, qualquer operação realizada dentro do Municipio de São Paulo.

E' de notar ainda que innumeras foram as importancias glosadas pela Fiscalização, nas contas da Companhia, e que *os methodos de escripturação adoptados não eram os mais recommendaveis, do ponto de vista economico — contabilistico*, o que se pode tambem verificar do relatorio de 1933, onde existe pormenorizada noticia sobre *innumeros lançamentos na conta de capital depreciavel e que, entretanto, constituem casos typicos de conservação de installações, e como taes deveriam ser levados à conta de conservação, nunca à de capital.*

Ora, se essa era a orientação da Companhia, no tocante à sua contabilidade, até o anno de 1935, e se a tomada de contas relativa a esse exercicio sómente poude ser levada a effeito a custa de tamanhos esforços, e assim mesmo, como tambem adverte o dr. PLINIO BRANCO, para chegar a resultados approxima-

dos, visto como ainda não foram dirimidas certas duvidas suscitadas pela Fiscalização, no tocante a varias parcellas, não vemos como admittir, emquanto perdurar tal situação, qualquer direito da concessionaria a exigir a revisão e augmento das tarifas actuaes.

O disposto na clausula 20, n.º IV do contracto, a esse respeito, *está evidentemente subordinado ao cumprimento, por parte da Companhia, da obrigação assumida de manter, de accôrdo com as regras e praxes commerciaes, a sua escripturação e contabilidade, em livros devidamente registrados, conforme a lei, na Junta Commercial,* seguindo, tanto quanto o permittam as condições locaes, o "systema uniforme de contas para as companhias telefonicas, prescripto pela "Interstate Commerce Commission", dos Estados Unidos, podendo a Prefeitura exigir uma escripturação especial dos serviços telephonicos do Municipio, de tal arte que se possa ter facil informação a respeito do capital effectivamente gasto com o serviço do Municipio e a respeito da receita e da despeza deste serviço (clausulas 24a. e 25a.).

Como bem pondera BAUER, a adopção de uma contabilidade adequada *é o meio pelo qual pode ser levada a effeito a regulamentação dos serviços concedidos, inclusivé a fixação das tarifas* (a means, or machinery, by which the prime purposes can be carried out), *visto como a maioria dos factos que servem de base a uma regulamentação satisfactoria e effectiva devem ser demonstrados pela contabilidade,* de tal modo que *se a contabilidade fôr organizada honesta e scientificamente, fornecerá os meios pelos quaes o controle poderá basear-se sobre factos demonstraveis, e o trabalho de adivinhação poderá ser praticamente eliminado da regulamentação.* (Effective Regulation of Public Utilites, p. 24).

A importancia da contabilidade regularmente organizada para os fins da regulamentação, notadamente para effeito de fixação de tarifas, é, portanto, indiscutivel, e começa a ser reconhecida, entre nós, pela propria legislação.

Assim é, por exemplo, que o Decreto n.º 8.950, de 29 de janeiro de 1929, que approvou regulamento para concessão de privilegios, construcção e trafego de estradas de ferro no Estado de Minas Geraes, depois de estabelecer a revisão normal das tarifas, de tres em tres annos, de forma a assegurar um rendimento liquido nunca inferior a 10% do capital dispendido e reconhecido pelo Governo, e de estabelecer ainda que, afim de facilitar e regularizar a fixação das tarifas, fica reservado ao Governo o direito de legislar, creando um systema uniforme de contabilidade technica

e financeira para todas as empresas, expressamente determinou, em seu art. 152, que "*só as empresas que se submetterem a este systema de contabilidade e apresentarem annualmente, perante a commissão do Governo, suas contas e a estatistica do seu movimento, poderão gosar das vantagens da revisão de tarifas, previstas nos artigos anteriores*".

5 — Admittindo-se porém que "a renuncia da Companhia a certos pontos de vista aos quaes se apegava com intransigencia, e as modificações introduzidas na classificação de documentos e mesmo no seu systema de registros e outras alterações introduzidas no systema de sua contabilidade, com o intuito de attender, o mais possivel, às exigencias contractuaes que determinam a existencia de uma escripturação independente para o Municipio de São Paulo" (vide Relatorio de 1935, p. 6), alterações e modificações obtidas pela Fiscalização em fins de 1936, *fossem de molde a satisfazer as exigencias e finalidades das clausulas 24a. e 25a. do contracto*, proporcionando à Prefeitura conhecimento ao menos approximado da situação economica da concessionaria, no tocante à exploração do serviço, *ainda assim o direito à revisão das tarifas teria desapparecido, ou teria já ficado em suspenso, muito antes de 1935*, visto como *a abolição da clausula — ouro nos contractos, levada a effeito pelo decreto federal n.º 23.501, de 27 de novembro de 1933, attingindo fundamentalmente a fixação do capital de Companhia, reconhecido em dollares pela clausula 26a. do contracto, supprimira já a base natural da determinação das tarifas, a qual sómente será possivel após conversão, a moeda nacional, do capital remuneravel da concessionaria, como adiante teremos opportunidade de verificar.*

Foi, aliás, o que já decidiu o Governo Federal em relação à "Societé Anonyme du Gas" do Rio de Janeiro, cujas tarifas, por disposição contractual, eram pagas metade em moeda corrente do paiz e metade em dollares, tendo o decreto n.º 23.703, de 5 de Janeiro de 1934, applicando o decreto 23.501 citado, estabelecido que os preços unitarios dos fornecimentos seriam fixados em milréis papel, mediante accôrdo entre a concessionaria e o Ministerio da Viação e Obras Publicas, tendo-se em vista, na composição dos preços basicos, o custo da producção, e uma justa margem de lucros para a remuneração do capital invertido, em harmonia com o novo espirito que regula as concessões de serviços publicos e conciliando, por essa forma, tanto quanto possivel os interesses da contractante e dos consumidores (art. 3.º), medidas essas tomadas "em virtude da invalidade daquella clausula, na parte em que de-

terminava o pagamento ao cambio par de metade do consumo, visto incidir a mesma na prohibição constante do art. 1.º do decreto n.º 23.501, de 27 de novembro de 1933 (*consideranda* nos. 1 e 3).

Se a determinação das tarifas deve orientar-se no sentido de proporcionar remuneração razoavel ao capital effectivamente empregado, é evidente a impossibilidade juridica de leval-a a effeito, emquanto esse capital se apresentar expresso em moeda estrangeira, *pois a remuneração em funcção de qualquer moeda, que não a brasileira, constituiria flagrante violação do decreto federal que prohibiu, entre nós, as estipulações de pagamento em ouro, ou em determinada especie de moeda, ou por qualquer meio tendente a restringir, nos seus effeitos, o curso forçado do mil réis papel.*

No caso em ápreço, remunerar o capital da Companhia, expresso e reconhecido em dollares, em funcção dessa moeda, isto é, de accôrdo com as variações do valor da moeda norte-americana, como pretende a concessionaria, equivaleria a remunerar em dollares o serviço prestado pela concessionaria, contra expressa prohibição legal, como opportunamente demonstraremos.

6 — Se à Companhia não assiste, portanto, no momento, um *direito* à revisão, prevista no contracto, pelos motivos expostos, dever-se-á entretanto repellir, desde logo, suas reclamações no tocante á insufficiencia das tarifas actuaes para attender às necessidades do serviço?

Parece-nos que não.

Em casos como o presente é necessario, a nosso vêr, examinar a questão do ponto de vista do serviço — que pelo facto da concessão não perdeu, evidentemente, a natureza de serviço publico, que lhe é essencial, — e verificar se, de facto, não proporcionam as tarifas a remuneração razoavel do capital invertido, pois maior que o interesse economico do concessionario é o interesse publico na prestação de serviço efficiente, continuo, seguro, confortavel e economico, e considerada a questão sob este aspecto, é evidente não ser licito ao Poder Publico desinteressar-se da estabilidade financeira do concessionario, estreitamente ligada às condições de execução e à sorte do proprio serviço.

E considerando ainda que, no caso em apreço, tanto o Sr. Chefe da Divisão de Serviços de Utilidade Publica, como o sr. Chefe da Sub-Divisão de Concessões não são, em principio, infensos a uma revisão das actuaes tarifas telephonicas, dentro de certos limites, e com as restricções apontadas em suas informações (v. pro-

cessos 90.432/38 e 21.306/38 annexos, fls. 3 e 4, respectivamente, e fls. 5 e segs. do presente processo), afigura-se-nos que a Municipalidade deve verificar a procedencia ou não das allegações da Companhia, providenciando, ao mesmo tempo, nova fixação do seu capital, e determinação de novas tarifas, tudo nos termos e para os fins que passamos a expôr.

A QUESTÃO DA FIXAÇÃO E DA REPRESENTAÇÃO, EM MOEDA EXTRANGEIRA, DO CAPITAL DA COMPANHIA

7 — A Constituição Federal de 1934 determinava, em seu art. 137, que a lei federal regularia a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse collectivo, os lucros dos concessionarios, ou delegados, não excedessem a justa retribuição do capital, que lhes permittisse attender normalmente às necessidades publicas de expansão e melhoramento desses serviços.

A Constituição de 1937, de forma quasi identica, estabelece que "a lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços publicos explorados por concessão para que, no interesse collectivo, dellas retire o capital uma retribuição justa ou adequada, e sejam attendidas convenientemente as exigencias de expansão e melhoramento dos serviços", accrescentando ainda que *"a lei se applicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contractualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contracto"*.

Como se vê, revogou a Constituição, em boa hora, o regimen de tarifas contractualmente fixadas para todo o prazo da concessão, dando ao dispositivo effeito retroactivo absoluto.

Qual, porém, essa "retribuição justa ou adequada", a que se refere a Constituição, e como determinal-a?

Iniciando o capitulo de seu livro, em que trata especialmente da fixação de tarifas, diz BAUER, justamente considerado a maior autoridade no assumpto, que a finalidade principal da regulamentação das emprezas de serviços publicas é *assegurar tarifas razoaveis*.

Essa expressão "reasonables rates" é geralmente usada pelos autores, jurisprudencia e legislação norte-americanos, e corresponde, a nosso vêr, à "retribuição justa ou adequada", a que se refere a Constituição de 1937.

A principal difficuldade no assumpto, diz ainda BAUER, reside justamente nas leis sobre regulamentação, as quaes, com poucas excepções, dão às commissões poderes para fixarem *tarifas razoaveis*, sem, entretanto, definirem os principios, meios e methodos pelos quaes essas tarifas devam ser fixadas e mantidas.

Tanto o "Interstate Commerce Act", como o "Transportation Act", de 1920, e a "Public Service Commission Law", do Estado de Nova York, investem as commissões de amplos poderes, no tocante à regulamentação das tarifas, sem, comtudo, fornecerem um criterio legal para sua fixação.

Não obstante, porém, essa lacuna dos estatutos, diz ainda BAUER, a regulamentação actual de tarifas elaborou, na pratica, e em larga extensão, principios e methodos perfeitamente definidos, os quaes, embora não tenham a sancção expressa da lei, tornaram-se entretanto geralmente acceitos, atravez do trabalho das Commissões, durante muitos annos, e adquiriram, praticamente, força de lei, como taes raramente postos em duvida, apresentando-se hoje como principios estabelecidos, em materia de fixação de tarifas. (loc. cit., p. 38).

Em geral, o principio estabelecido é o de que *as tarifas razoaveis devem basear-se no custo do serviço*, entendendo-se, para tal effeito, que esse custo comprehende:

a) — *despezas de operação* (operating expenses), comprehendendo mão de obra, material consumido na execução do serviço, despezas de reparação e renovação do apparelhamento, gasto na execução do serviço em determinado periodo (gastos de depreciação);

b) — impostos e outros encargos fiscaes;

c) — *remuneração do capital*, comprehendendo juros, dividendos e outras retribuições do capital invertido no serviço.

(V. BAUER, loc. cit., p. 39; GLAESER, *Outlines of Public Utilities Economics*, pags. 326 e segs; JONES & BIGHAM, *Principles of Public Utilities*, p. 253 e segs; ALFREDO VALLADÃO, *Exposição de Motivos ao Ante-Projecto do Codigo de Aguas*, 1933, pg. 34; PIRES DO RIO, *Justificação do Contracto do Serviço Telefonico*, pags. 11 e 85).

Em termos mais resumidos, pode-se dizer que *as taxas de um serviço publico devem ser taes que a receita bruta possa cobrir todas as despesas do custeio e deixe margem para uma justa remuneração do capital, e para sua regular amortização, no prazo do contracto, caso tenha sido estipulada a reversão da propriedade para o poder concedente.*

A clausula 26a. do contracto reconhece, para as despezas da Companhia, os titulos seguintes:

1) — despezas de remuneração do capital empregado;

2) — despezas de renovação das installações;

3) — despezas de conservação destas installações;

4) — despezas de custeio do serviço telephonico.

Ora, *a justa retribuição do capital presuppõe, como é obvio, a prévia fixação deste*, e a determinação, a seguir, das *taxas de juros consideradas razoaveis*, attendendo-se a certos factores de ordem economica e politico-social, devendo-se notar, neste ponto, que já a Constituição de 1934 e, a seguir, a de 1937, abriram as portas à revisão de todas as taxas contractualmente estipuladas, afim de attender-se ao interesse collectivo.

A *fixação do capital* das emprezas de serviços publicos (que envolve, na maioria dos casos, a debatida questão da avaliação de seu patrimonio physico), e a determinação da *taxa de lucros razoavel* (fair return) são, portanto, como bem observa GLAESER, as duas metades de um mesmo degrau, no processo de fixação das tarifas.

Dahi a importancia que assume, no caso em apreço, a questão da *determinação do capital da Companhia*, uma vez que esta reputa insufficiente, para a remuneração assegurada no contracto, a renda bruta auferida no regimen das tarifas vigentes.

8 — Dispõe a clausula 26ª., § 1.º, do contracto de 1926:

> "A Prefeitura reconhece, como effectivamente dispendida pela Companhia, a importancia de cinco milhões setecentos e quarenta e seis mil cento e setenta e quatro dollars ($ 5.746.174), até 31 de dezembro de 1924; desta quantia, admitte a Prefeitura que se considere depreciavel a parte de cinco milhões quarenta e tres mil quatrocentos e setenta e cinco dollars ($ 5.043.475).

> Concorda ainda a Prefeitura que, no decurso do anno de 1925, foi o capital remuneravel augmentado de noventa e cito mil quinhentos e oitenta e quatro dollars ($98.584), quantia esta que fica sujeita a correcções, provocadas pela Prefeitura, para se juntar ao valor remuneravel e ao valor depreciavel das installações".

Percorrendo-se, entretanto, os varios dispositivos da lei municipal n.º 2.965, de 15 de abril de 1926, verifica-se que a referida lei não cogitou, absolutamente, da fixação do capital da Companhia, nenhuma referencia se encontrando alli a tal respeito, nem mesmo directa ou indirectamente autorizando o Executivo municipal a fazel-o.

Se, por outro lado, examinarmos o Relatorio da Commissão Especial de Vereadores, nomeada pela Camara Municipal para elaborar projecto de lei que regulamentasse o serviço telephonico no Municipio, bem como o Annexo que o acompanha e o Projecto de Lei elaborado pela referida Commissão (*Annaes da Camara*, 1925, fls. 292, 298 e 302 e segs.) verificaremos que jámais se cogitou da fixação, em lei, do capital da Companhia, muito embora o montante desse capital tivesse sido objecto de debates e de sérias duvidas, tanto nos laudos dos varios technicos chamados a examinar a escripturação da Companhia, como entre os vereadores, durante a discussão do Projecto na Camara, *sempre, porém, para o effeito de determinação das tarifas a serem cobradas a titulo provisorio, nos quatro primeiros annos a partir da assignatura do contracto, e nunca para effeito de uma fixação definitiva, da qual não cogitava o Projecto, nem qualquer das numerosas emendas apresentadas.*

Tanto do Relatorio da Commissão, como do Annexo, que o acompanha, verifica-se a exactidão de tal asserto, isto é, que o capital remuneravel da Companhia, admittido pela Commissão, — $5.746.174, em moeda nacional 51.715:566$000, em 31 de dezembro de 1924, e 70.851:565$000 em 1926 — foi tomado em consideração tão sómente para o effeito da fixação das tarifas constantes do Projecto, as quaes deveriam vigorar no periodo 1926-1930, tendo-se em vista o numero de linhas existentes em 31 de dezembro de 1924 e o augmento provavel dellas, naquelle periodo, tarifas que, convertido o Projecto em lei, são as constantes do contracto, e ainda hoje vigentes.

Nestas condições, parece-nos que o Executivo municipal, reconhecendo e fixando, na clausula 26a. do contracto, como effectivamente dispendida pela Companhia, a importancia de

5.746.174 dollars, até 31 de dezembro de 1924, não teve em vista a fixação definitiva do capital, de que não cogitava a lei de autorização, mas tão sómente mencionar o capital que, naquella data, servia de base ao calculo das tarifas.

Aliás, dispunha a lei 2.965, em seu art. 20, n.º IV que

> "decorridos os quatro (4) primeiros annos da data do contracto que fôr celebrado em virtude da presente lei, e dahi por diante no fim de cada periodo de cinco (5) annos que a estes primeiros quatro (4) se seguirem, as taxas mencionadas em os numeros I, II, III do presente contracto *serão revistas, por accôrdo entre a Prefeitura e a Concessionaria.* No caso de não ser possivel este accôrdo, a divergencia será resolvida por arbitramento, na forma do disposto no art. 13".

Ora, se a propria lei estabeleceu que a revisão, findos os primeiros quatro annos a partir da data do contracto, seria levada a effeito *por accôrdo entre a Prefeitura e a Companhia*, admittindo até impossibilidade de accôrdo, e recurso ao arbitramento, e se, como já vimos, as tarifas são estabelecidas principalmente em funcção do capital empregado no serviço, não é evidente que o reconhecimento definitivo do capital, maximé em moeda estrangeira, comprometteria sériamente a revisão prevista na lei de autorização, infringindo-a na sua essencia?

9 — Admittamos, entretanto, tão sómente para discutir, que tivesse sido realmente intuito do Executivo municipal reconhecer e fixar o capital da Companhia, na clausula 26ª, § 1.º do contracto, e que essa fixação pudesse prevalecer em face dos termos da autorização legislativa contida na lei n.º 2.965, de 15 de abril de 1926.

Seria possivel, em tal hypothese, acolher-se a pretensão da Companhia, no sentido de ser-lhe ainda hoje reconhecido o direito de representar seu capital em moeda norte-americana, bem como de *obter, para o calculo das tarifas*, a conversão desse *capital — dollares na base do cambio actual*, ou do cambio médio do anno em que se discute a questão, e ainda *de obter para o calculo dos lucros liquidos auferidos, uma renda liquida tal que, convertida em dollares na base do cambio médio do anno, produza somma capaz de representar, em relação ao capital — dollares, a remuneração prevista no contracto?*

Antes de respondermos às indagações supra impõem-se algumas considerações de ordem geral, relativas ao modo de formação do capital da Companhia, da admissibilidade de capital expresso em moeda estrangeira, para as empresas de serviços publicos, frente à legislação actual, etc.

10 — Como já tivémos opportunidade de verificar, reconheceu a Prefeitura, pela clausula 26a. do contracto, como effectivamente dispendida pela Companhia, a importancia de $5.746.174,00 até 31 de dezembro de 1924, admittindo que dessa quantia se considerasse capital depreciavel a de $5.043.475,00, e concordando ainda que, no decurso de 1925, foi o capital remuneravel accrescido de $98.584,00, importancia esta que ficaria, entretanto, sujeita a correcções, provocadas pela Prefeitura, para se juntar ao valor remuneravel e ao valor depreciavel das installações.

Se bem que, como tambem já verificámos, não tivesse a Camara a intenção de reconhecer nem de fixar, em definitivo, o capital da Companhia àquella data, considerou-o entretanto em dollares, e procedeu à respectiva conversão ao cambio daquella época, para o effeito do calculo das tarifas 1926-1930.

Dahi, certamente, o haver a Prefeitura expressamente admittido o *capital-dollares*, no contracto de 1926.

Teria sido feliz essa solução? Seria realmente aconselhavel, do ponto de vista juridico-administrativo, e principalmente dos interesses dos usuarios do serviço, vale dizer do interesse publico, o reconhecimento em moeda estrangeira do capital de uma empreza concessionaria de serviço publico?

Abordando justamente a questão dizia, na Camara, o relator da Commissão Especial:

> "Foi claramente exposto o modo de entender da Commissão a este respeito, em todas as discussões, escritas ou verbaes, preliminares ou definitivas sobre esta materia.
>
> Por isso, repetiremos apenas a conclusão essencial, isto é, que mesmo deixando de parte que o capital, no caso vertente, deve ser em ouro por se tratar de empresa estrangeira autorizada a funccionar no paiz, o capital deve ser sempre representado por ouro quando elle se acha convertido ou empregado em installações, em

bens tangiveis, de valor intrinseco, real e portanto constante (fazendo abstracção das oscillações dos niveis de *preços-ouro* de taes bens).

Certos bens valem tanto ou quanto, conforme o seu correspondente em ouro, e isto, que o papel-moeda representativo esteja alto quer se ache muito depreciado. O papel, este sim, não tem valor fixo, ouro, e a prova disto está na variação de sua cotação, logo, igualar a elle valores reaes, intrinsecos, como o de bens tangiveis, equivale a, longe de attribuir constancia, fixidez de valor a taes bens, extender a elles *a variação de valor que é inherente à propria natureza da moeda-papel.*

Sobre este assumpto, portanto, é inabalavel a convicção da Commissão Especial e esta convicção se extendeu às Commissões reunidas, como o prova a manutenção das taxas por aquella proposta, tomando por base a consideração que acaba de ser feita".
(*Annaes de 1925*, pag. 649).

Ponto de vista sem duvida alguma respeitavel, mas com o qual, entretanto, não podemos concordar.

O facto de se tratar de uma empreza estrangeira, autorizada a funccionar no paiz, não justifica, a nosso vêr, que se lhe reconheça o capital em ouro, e muito menos, como bem ponderou o Sr. Prefeito Municipal em entrevista recentemente concedida à imprensa, que ao capitalista extrangeiro seja permittido reclamar juros-ouro, sem considerar as nossas necessidades internas para obtel-o, maximé se tivermos em vista que o contracto foi lavrado aqui, e que as relações do assignante não são directas com os emprestadores de capital (V. "O Estado de S. Paulo", de 2 de dezembro de 1938).

Quanto ao argumento de que os bens valem tanto ou quanto, conforme seu correspondente em ouro, e que considerar o seu valor em papel-moeda seria extender a elles a variação do valor que é inherente à propria natureza daquella moeda, não nos parece tambem acceitavel, primeiro porque o valor intrinseco dos bens não depende de sua expressão nesta ou naquella especie de moeda, mas de leis economicas inflexiveis, variando de accôrdo com estas, e segundo porque, a acceitarmos tal argumentação, necessario seria representar em ouro tambem a importancia do capital das empresas de qualquer categoria, e não sómente o das concessionarias de serviços publicos.

A que ficaria reduzida, afinal, a argumentação em pról do capital-dollares, hoje que a moeda norte-americana, justamente a escolhida para dar-lhe a tão almejada fixidez, foi officialmente depreciada em 69/100 de seu peso antigo, por effeito da fixação levada a effeito pelo Presidente Roosevelt, no dia seguinte á promulgação do "Gold Reserve Act", de 30 de janeiro de 1934, que, determinando fosse levada a effeito nova fixação do peso do dollar, vedara entretanto ao Presidente determinal-o a mais de 60% do seu peso antigo, ficando ainda, por effeito desta e de outras leis, que o precederam, absolutamente interdictado o mercado de ouro, nos Estados Unidos e prohibidas todas as estipulações de pagamento em ouro?

A razão, a nosso vêr, estava com o dr. Rodolpho São Thiago, quando, na qualidade de arbitro, escolhido aliás pela propria Companhia Telephonica, em 1922, assim se manifestava sobre a pretensão desta, de que as taxas annuaes, relativas aos assignantes de casas de residencia e aos das casas de negocio, escriptorios, etc., bem como o pagamento do telephonemas avulsos, fossem cobradas 50% em ouro e 50% em papel, estabelecendo como taxas cambiaes limites a de 8 e de 15 dinheiros por mil réis, além das quaes não haveria variação alguma:

> "Justifica a Companhia, no seu memorial aos Arbitros, pags. 7 e 8, o pagamento da parte em ouro, pelo facto de sómente se abastecer no estrangeiro do material preciso para o seu serviço telephonico, por não se fabricar em o nosso paiz a mais insignificante peça telephonica; e tambem, por ter do satisfazer os juros dos capitaes tomados tambem no estrangeiro, para o desenvolvimento das suas installações, e portanto, é necessario que esteja apparelhada para, em qualquer epoca, fazer uma e outra cousa.
>
> Em primeiro logar, a prevalecerem as razões apresentadas, mais logico seria não estabelecer a variação somente entre as duas taxas cambiaes propostas, e sim dizer que as assignaturas annuaes variariam com a taxa cambial, na base de 27 d. por 1$000, tal como se dá no contracto actual para o serviço telephonico do Districto Federal.
>
> Em segundo lugar, a serem attendidas as justificações apresentadas, não haveria empreza de fornecimento de energia e luz, e mesmo de viação ferrea, que não devesse merecer igual regalia.

Todas ellas se abastecem no estrangeiro dos materiaes que mais concorrem para avultar os seus orçamentos de despeza, e não poucas pagam tambem os juros dos seus emprestimos em ouro, e a despeito disso, as suas tarifas não estão subordinadas às oscillações cambiaes. Poucas são aquellas cujos contractos, aliás antigos, encerram disposições a tal respeito, sendo mesmo de notar que algumas emprezas, que outróra tinham tarifas variaveis com o cambio, dellas já abriram mão.

Nestas condições acham-se: a Companhia Paulista de vias-ferreas, a Estrada de Ferro Sorocabana, a Estrada de Ferro de Araraquara, e talvez outras, cujos nomes não nos occorrem de momento.

Não têm nos seus contractos tarifas variaveis a São Paulo Railway e a Light and Power, e no entretanto são companhias estrangeiras.

A não serem a São Paulo Gas Co., a Mogyana (para certas tabellas), a Estrada de Ferro Funilense e a City of Santos para o serviço de aguas, não nos acodem outros nomes de companhias que, no Estado de São Paulo, tenham em seus contractos disposições relativas a tarifas subordinadas ao cambio.

Attendendo às considerações feitas, attendendo ainda que o contracto de 1900, pelo qual ainda se rege a Companhia, não contém clausula alguma sobre tarifas variaveis, e que, por isso, a Companhia não adquiriu direito algum em relação a estas tarifas, e finalmente, tendo em vista a manifesta tendencia do seu desapparecimento dos contractos, somos de opinião que não se introduza em a novação do contracto a ser feita, disposição alguma nesse sentido.

Acreditamos que as disposições que adiante apresentamos, attinentes à obrigatoriedade da revisão das tarifas de tres em tres annos, e à sua elevação e abaixamento em determinadas condições, sejam sufficientes para garantir a situação da Companhia, ao mesmo tempo que zelam pelos interesses dos assignantes".

Ainda mais incisivo e vehemente, mas sempre com inteira razão e não menor autoridade, manifestava-se, sobre o assumpto, o dr. Calixto PAULA SOUZA, arbitro escolhido pela Municipalidade, na mesma occasião:

"Se a Companhia Telephonica tem que pagar elevados juros aos capitaes que nessa industria empregou, não é por isso responsavel a população de São Paulo, que em nada actuou para a Companhia adquirisse a empreza aqui existente.

As installações telephonicas em São Paulo foram feitas com capitaes brasileiros; estrangeiros, verificando que os capitaes nellas empregados auferiam maior renda que industrias de seu paiz poderiam produzir, as adquiriram com todas as vantagens e onus, e, portanto, têm que acceitar para base de suas operações a moeda do Paiz. E tanto assim pensavam que passo algum deram para que a Municipalidade de São Paulo considerasse o dollar como moeda nas suas relações, continuando as tarifas e mais fontes de renda a serem determinadas em réis. Não foi tambem em dollar que a empreza foi adquirida, e a maioria das despezas foi em moeda nacional. Houve despezas em dollares, como em libras, marcos e outras moedas dos paizes donde foram importados accessorios. As empresas estrangeiras de serviço publico, estabelecidas em nosso paiz, como a Light, Cia. de Gas, São Paulo Railway, Cia. Leopoldina, etc., têm para todas as suas relações monetarias a base em nossa moeda. O continuarmos a assim proceder, mantendo como base em suas relações a moeda do paiz, apesar da respeitavel opinião do sr. Hageneh, para as emprezas que aqui desejam explorar industrias de caracter publico, não afastará capitaes estrangeiros. Capital não tem patria, dirige-se e estabilisa-se onde é bem remunerado. Emquanto o Brasil fornecer a capitaes aqui empregados renda superior a que poderia obter em outros paizes, desses emigrarão, quer queira ou não o Sr. Hagenah, capitaes que para aqui virão se fixar, embora a sua renda volte ao paiz primitivo".

E criticando justamente as conversões de moeda nacional em dollares, ao cambio das datas das inversões, para formação do capital em dollares, e a transformação desse capital-dollares em moeda brasileira, *não na base das mesmas taxas cambiaes*, mas na do *cambio actual*, para effeito de fixação de tarifas — processos dos quaes o primeiro é actualmente adoptado na escripturação da Companhia, como em breve veremos, e o segundo utilizado pela

Camara na fixação das tarifas 1926-1930, ainda vigentes, como já tivémos opportunidade de verificar (Annaes 1925, pag. 298 e segs), dizia ainda o dr. PAULA SOUZA:

> "Consideramos como capital de uma empreza, principalmente de serviço publico, por ser elle a base das taxas de cobrança, a importancia que realmente foi empgada em construcções, installações e funccionamento da industria. Julga o sr. Hagenah que a essa importancia se deve accrescer uma quota de accôrdo com as condições actuaes, quota que só poderá ser deduzida por avaliações. A ser assim, os capitaes de nossas grandes vias ferreas seriam, no minimo, quintuplicados, attendendo aos diversos valores na época de sua construcção e os actuaes. Para que as suas rendas continuassem a ser proporcionaes aos seus capitaes, as suas tarifas teriam que ser da mesma forma elevadas, o que traria o atrophiamento das zonas por ellas servidas e consequente diminuição da renda. As tarifas actuaes permittem, no entanto, rendas compensadoras, como é demonstrado pelo agio que têm os seus titulos, que são procurados por offerecerem seguro e remunerador emprego de capitaes.
>
> A Commissão Hagenah, para determinar o capital da Cia. Telephonica, transformou em dollares, pelo custo dessa moeda na occasião, os resultados obtidos nas diversas épocas, e, no resultado final, fez voltar novamente á nossa moeda, dando ao dollar valor muito superior ao seu custo médio. Divergimos desse processo, não só por elevar a mais de duas vezes o capital realmente dispendido, como tambem e principalmente porque, si o acceitassemos, tomariamos o dollar para base das transacções dessa empreza, creada com capitaes brasileiros, mantendo por mais de vinte annos as mesmas relações com um poder publico brasileiro, sem uma unica proposta de modificação nesse sentido.
>
> A acquisição de uma empresa por estrangeiros não dá a estes direito de obrigar-nos a adoptar a sua moeda. Aquelles que julgam que convém applicar sua actividade em nosso Paiz, devem acceitar não só as nossas leis como tudo quanto é a elle inherente, e, portanto, a sua moeda",

considerações que se nos afiguram inteiramente procedentes, e hoje em perfeita consonancia com os sadios principios de nacionalismo economico-social, que se esboçaram na legislação do Governo Provisorio e na Constituição de 1934, consolidando-se na de 1937, e que vêm sendo applicados e desenvolvidos, com firmeza, pelo actual Governo da Republica.

De qualquer maneira, porém, *não poderiamos jámais comprehender, em se tratando de uma empreza de serviços publicos, a adopção de uma moeda estrangeira para base de todas as suas relações economicas com o Poder Publico e a collectividade nacional*, cabendo lembrar as judiciosas ponderações da commissão nomeada pelas associações de classe de Bello Horizonte, para estudo do contracto de fornecimento de energia electrica áquella cidade, e presidida por MAGALHÃES DRUMMOND, em memorial apresentado ao Governo de Minas Geraes, onde, depois de observar que a concessão não tira ao serviço o caracter *publico*, serviço do Estado á Sociedade, nada podendo existir de mais integrado na economica collectiva, accrescenta a Commissão:

> "Na concessão de serviço publico o criterio para estabelecimento de tarifas não póde ser simplesmente o criterio economico, mas ha de ser influenciado tambem por considerações de ordem politica, taes como o interesse das classes menos favorecidas e mesmo o escopo de diffundir um determinado serviço entre populações que delle não tenham o habito, como meio de expansão do bem estar e cultura.
>
> Pelo contracto, a concessionaria — concessionaria de serviço publico — tem o direito de se fazer pagar por taxas variaveis com as "oscillações combiaes". *Haverá coisa tão desintegrada da economia local, tão indifferente á sorte desta, tão hostil a esta quanto essa actividade que se paga em moeda estrangeira?* Mas haverá forma de actividade que se devesse solidarizar tanto com a economia local, quanto essa actividade que não é mais que uma delegação do Poder Publico, não estrangeiro, mas nacional?"
>
> (Diario da Assembléa Constituinte, 16/5/34, pags. 31 e segs.).

Prosigamos, porém.

AS ALLEGAÇÕES DA COMPANHIA QUANTO A' INSUFFICIENCIA DE SEUS LUCROS, O CRITERIO DE APURAL-OS EM FUNCÇÃO CAPITAL-DOLLARES E DO CAMBIO ACTUAL, E O DECRETO FEDERAL N.º 23.501, DE 27 NOVEMBRO DE 1934.

11 — Passemos, entretanto, ás allegações da Companhia, no tocante á pretensa exiguidade de seus lucros, e ao exame da situação creada pelo contracto vigente, ao reconhecer em moeda norte-americana o capital da Companhia, admittindo assim, ao menos implicitamente, a escripturação da conta de capital nessa mesma moeda, e finalmente á pretensão da Companhia, de effectuar a conversão desse capital ao cambio actual, para calculo das tarifas futuras, tal como se fez em 1926.

12 — Diz a Companhia que, nos ultimos cinco annos, mesmo com as deducções feitas pelos fiscaes, de parcellas ainda susceptiveis de posterior acceitação parcial ou integral, a média dos seus lucros não attingiu a 2,3% e, no melhor anno, esse lucro foi de 3,% apenas.

De facto, o Relatorio da tomada de contas de 1935 demonstrou que os lucros liquidos da Companhia têm sido os seguintes: (fls. 391).

	Porcentagens reajustadas pela Fiscalização	Porcentagens da Companhia
1926 . . .	6,972%	6,043%
1927 . . .	8,996%	6,557%
1928 . . .	8,588%	6,485%
1929 . . .	8,832%	7,047%
1930 . . .	6,644%	5,484%
1931 . . .	1,778%	0,337%
1932 . . .	1,309%	0,542%
1933 . . .	1,377%	0,483%
1934 . . .	3,310%	1,013%
1935 . . .	3,278%	1,706%

Qual, entretanto, o criterio que serviu de base á apuração taes lucros, tanto da parte da Fiscalização como da propria Companhia?

Essa indagação é de importancia fundamental, dada a escripturação *em dollares* da conta de capital e as fluctuações cambiaes destes ultimos annos.

Já no Relatorio correspondente ao anno de 1933, alludindo á influencia das conversões cambiaes sobre a porcentagem dos lucros, apurada pela escripturação, dizia o dr. PLINIO BRANCO:

> "As conversões cambiaes consideradas nos livros da Cia. e sujeitas á fiscalização municipal não devem ser feitas arbitrariamente, si quisermos evitar que a Cia. tire dellas certas vantagens em detrimento do interesse publico.
>
> Exemplifiquemos: a Cia., dando cumprimento ás suas obrigações contractuaes, occorre ás despezas do custeio, conservação e renovação. Essas despesas são feitas, parte em dollares, parte em mil réis papel, approximadamente nas seguintes proporções, colhidas em trabalhos anteriores:

	Mil réis papel	*Dollares*
Custeio	85%	15%
Conservação . . .	75%	25%
Renovação . . .	40%	60%

> Supponhamos que a Cia. esteja distribuindo lucros pouco superiores a 8% do seu capital reconhecido. O seu interesse immediato é fazer com que o lucro desça abaixo de 8% para que possa pleitear um augmento de tarifas.
>
> Si ella tiver a liberdade de converter o dinheiro ex-expresso em mil réis papel, em quantias expressas em dollares, para satisfazer á parte ouro de qualquer das despezas acima referidas, fará tal conversão defendendo o seu interesse proprio, quando o dollar estiver mais caro, pois que assim gastará grande parte da renda do serviço e reduzirá a porcentagem de lucros. Não se trata aqui de jogar com o cambio, e sim de fazer o lançamento escolhendo em épocas passadas a mais conveniente.
>
> Ora, as despezas de custeio e conservação, encerrando-se cada anno, não permittem uma compensação futura; uma vez feitas não podem mais ser rehavidas.

Apesar do prejuizo evidente para o Municipio, a fiscalização ver-se-ia obrigada a approvar a elevação das tarifas.

Acreditamos que a Cia. siga normas uniformes até mesmo nas pequenas conversões para pagamento de ordenados e despezas de administração.

As hypotheses que acabamos de fazer visam apenas mostrar que ainda continuamos ignorando muitos dos criterios adoptados por ella".

Este é apenas um dos aspectos da questão, e talvez o menos importante, porque a Fiscalização disporá, segundo cremos, de elementos para controlar as conversões das importancias escripturadas na conta do capital, de tal modo que ellas se façam exactamente á base das taxas cambiaes vigente na época das incorporações.

Mais importante, e de muito maior alcance, a nosso ver, *é o criterio adoptado para determinação das porcentagens de lucros, e que tem consistido na conversão da renda liquida da Companhia, expressa em mil réis, a moeda norte americana, ao cambio médio do anno,* para em seguida, *da comparação da renda-dollar, assim obtida, com o capital-dollar,* extrahir-se a porcentagem da renda liquida correspondente ao exercicio.

Ora, não é preciso esforço algum para verificar-se quão absurdo é tal criterio, que faz depender o resultado final de cada exercicio tão sómente das fluctuações cambiaes, *e esse absurdo,* forçoso é reconhecel-o, *resulta directamente do reconhecimento, em dollares, do capital da Companhia.*

Já no Relatorio de 1933, depois de alludir aos decretos federaes ns. 23.501, de 1935, e 23.703, de 1934, que prohibiram as estipulações de pagamentos-ouro, e de pugnar pela conversão, a moeda brasileira, do capital da Companhia, não a um só cambio, mas na base das varias taxas combiaes, vigentes nas épocas das diversas incorporações de capital, affirmava o dr. PLINIO BRANCO, com sua autoridade não só de Chefe da Sub-Divisão das Concessões, mas, tambem, de emerito conhecedor de assumptos relacionados com a organização, funccionamento e controle de emprezas de serviços publicos, que "apesar do alto preço do dollar, em vigor durante a incorporação das ultimas parcellas do capital, *a situação economica e financeira da Companhia será inteiramente satisfactoria, si prevalecer esse criterio na conversão do seu capital.*"

E voltando ao assumpto, no Relatorio de 1935, dizia:

> *"O quadro n.º 139 revela claramente o effeito desastroso das conversões em dollares.*
>
> Emquanto o capital remunerável cresceu cerca de 45% *a renda bruta duplicou, mas os rendimentos em dollares cahiram de 6,972% em 1926 para 3,287% em 1935."*
>
> (vol I, pag. 393).

De facto, examinando-se o referido quadro 139, annexo ao Relatorio, verifica-se facilmente que o criterio adoptado para a apuração das porcentagens de lucros, de 1926 a 1935, foi exactamente aquelle que ha pouco reputámos absurdo, da *conversão da renda liquida em dollares, ao cambio actual, para determinarem-se afinal taes porcentagens em funcção do capital-dollares.*

Assim é, por exemplo, que no anno de 1935 a renda liquida da Companhia foi de rs. 4.168:615$000. *Essa renda foi, entretanto, convertida em dollares ao cambio médio daquelle anno, altamente desfavoravel á moeda brasileira*, tendo produzido em moeda norte-americana a importancia de 248.102 dollars, 30, a qual, frente ao capital remuneravel áquella data, de 8.437.065 dollares representa, de facto, uma remuneração de 2.941%, tal como consta do Relatorio. (vol. II, p. 139).

Para que se tenha ideia de como são ficticias as porcentagens de lucros, verificadas mediante tal criterio, bastará dizer que em 1926, com uma renda liquida de 2.779:575$500, obtinha a Companhia, em dollares, a importancia de $403.070,66, ao passo que em 1935 com uma renda liquida de 4.168:615$000, a renda apurada em dollares foi apenas de $248.102,30!

Dahi, naturalmente, o haver a porcentagem de lucros de 6,860%, apurada em 1926, haver baixado para 2,941%, em 1935.

Mas será possivel tomar em consideração taes porcentagens, obtidas por processos absolutamente em desaccôrdo com a propria noção do serviço publico, uma vez que em aberta antinomia com os interesses da collectividade?

Onde a imprescindivel solidariedade com a economia local, aquella integração, aquella consonancia perfeita com as necessidades collectivas, que devem justamente caracterisar as actividades erigidas á categoria de serviços publicos, n'uma empreza que avalia

seus lucros não na moeda do paiz, onde os aufere no exercicio de sua actividade, mas em moeda extrangeira, e pelos azares das taxas cambiaes?

13 — Nem se diga que a pretensão da Companhia, de obter em ouro a remuneração assegurada pelo contracto, constitua simples corollario do emprego de um capital-ouro, obtido no extrangeiro e cujos juros devam, por isso mesmo, ser satisfeitos tambem na base-ouro.

Tanto o capital-dollares reconhecido á Companhia pelo contracto ($5.746.174,00, até 31 de dezembro de 1934), como o apurado pela tomada de contas de 1935 ($8.437.065,00) *não foram constituidos*, em sua totalidade, *por capitaes originariamente extrangeiros.*

Como se pode verificar do laudo do perito J. MASCARENHAS, que examinou cuidadosamente a escripturação da Companhia, em 1924, e é, aliás, notorio, a Rio de Janeiro & São Paulo Telephone Co., autorizada a funccionar no Brasil, comprou as acções da Companhia Telephonica de São Paulo, cujo contracto era regulado pela lei n.º 454, de 22 de fevereiro de 1900.

Isso em 1.º de outubro de 1919, quando, entretanto, a primeira possuia já o controle da ultima desde 1914, mediante successivos empates de capital, que attingiam, em 1919, á importancia de rs. 4.481:737$968.

A velha Companhia tinha um serviço de 5.040 telephones, em fins de 1913, e seu capital, a 30 de junho de 1919, montava a 9.663:430$808.

Infelizmente, como bem nota o ex-Prefeito PIRES DO RIO, (loc. cit. p. 21) não teve o Governo Municipal conhecimento da transacção, que comprehendia a propriedade empregada no serviço em todo o Estado.

Como, em tal situação, affirmar que a Companhia dispendera originariamente capital-ouro, quando é ainda certo que *o seu capital foi sempre escripturado em moeda brasileira, tendo os peritos, afim de responderem aos quesitos propostos, effectuado a conversão aos cambios vigentes nas datas das respectivas inversões?*

E desde a assignatura do contracto vigente, até esta data, *o capital da Companhia vem sendo accrescido não sómente por motivo de inversões em moeda estrangeira, mas tambem em moeda*

nacional, que é convertida em dollares ao cambio médio do mez, como se poderá verificar do annexo n.º 84 do Relatorio de 1935, vol. II.

Em 1933, já o vimos, a Companhia occorria ás despezas de custeio, conservação e renovação, parte em dollares, parte em mil reis papel, nas seguintes proporções, approximadamente:

	Mil réis papel	*Dollares*
Custeio	85%	15%
Conservação	75%	15%
Renovação	40%	60%

Como se vê, nas despezas de renovação a parte em dollares excede a parte em papel *tão sómente em 20%, e nas outras despezas a parte em papel excede a parte em dollares em 70% e 50%, respectivamente.*

Como, em taes condições, affirmar que a Companhia possue capital-ouro, e que por isso mesmo deve ser remunerada em ouro?

14 — Admittamos, entretanto, para discutir — e as nossas concessões, neste terreno, vão sempre ao extremo de admittir as hypotheses mais favoraveis á Companhia, — *admittamos que esta possuisse, effectivamente, um capital originariamente constituido em dollares, cento por cento.*

Teria, nesse caso, direito a uma remuneração-dollar, ao cambio actual, como pretende?

Não temos duvida em responder negativamente, e por dois motivos: *primeiro* porque a isso se opporia o decreto federal n.º 23.501, de 27 de novembro de 1933, que declarou nulla qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada especie de moeda, ou por qualquer meio tendente a restringir, nos seus effeitos, o curso forçado do mil réis papel, e nullo seria, portanto, mesmo dispositivo legal expresso, na lei de autorização, ou clausula contractual nesse sentido; e em *segundo* logar porque calcular a remuneração de um capital expresso em moeda extrangeira, avaliando-o pelo *cambio actual*, equivaleria a adoptar o criterio do custo de reproducção, nas avaliações do capital, criterio condemnado pela doutrina e, entre nós, pela propria legislação, como verificaremos a seguir.

A QUESTÃO DA CLASULA-OURO, OU DOS PAGAMENTOS EM MOEDA EXTRANGEIRA

15 — Edonomicamente considerada, a moeda actúa como instrumentro de troca e medida de valor, e do ponto de vista juridico como meio legal de pagamento, isto é, como meio de satisfazer obrigações de caracter economico, de accôrdo com as leis monetarias em vigor.

Em seu aspecto economico, tres classes de valores podem ser-lhe assignalados: o *legal*, o *intrinseco* e o *commercial*, segundo se considere o valor que lhe assigne a lei; aquelle que a moeda possue como metal, attendendo-se exclusivamente á quantidade de metal fino que a compõe, e, finalmente, aquelle que se dá á moeda como mercancia e instrumento de troca.

Ora, se considerarmos que o valor da moeda, como instrumento de troca, depende directamente do seu poder acquisitivo, isto é, da maior ou menor quantidade de bens que podem ser adquiridos com a unidade monetaria, e que este valor está sujeito ás variações do cambio internacional e das fluctuações do metal-padrão, surge desde logo a questão de saber *que meios existem, economicamente recommendaveis e juridicamente validos, para protegerem-se os contractantes contra taes fluctuações, e quaes as consequencias praticas e o valor dos contractos celebrados com taes clausulas de garantia.*

A questão não é nova, mas adquiriu excepcional relevo a partir da Grande Guerra, com a imposição do curso forçado em quasi todas as nações, como resultado da situação economica precaria a que foram reduzidas, e posteriormente com as reformas financeiras radicaes, levadas a effeito por paizes em que a estabilidade da moeda-padrão era já tradicional.

Para obviar os inconvenientes da instabilidade monetaria, costumam os contractantes recorrer ás chamadas *clausulas de garantia*, que podem ser agrupadas na ordem seguinte:

a) — *clausula-ouro*, ou de pagamento em ouro;

b) — clausula *valor-ouro;*

c) — clausula de *pagamento em moeda extrangeira;*

d) — clausulas de *escala movel*;

e) — clausula de *pagamento em especie.*

Pela *clausula-ouro*, ou de *pagamento em ouro*, o devedor se compromette a pagar sua divida seja em peças de ouro da moeda pactuada, seja em metal fino, não amoedado.

Pela clausula *valor-ouro*, obriga-se o devedor a entregar em moeda de curso forçado, pelo seu equivalente real, a importancia pactuada em ouro, ficando a seu cargo o agio ou desvalorização da moeda do paiz, relativamente ao ouro.

A clausula de *pagamento em moeda extrangeira* consiste na estipulação de entrega effectiva de certa quantidade de moeda extrangeira (clausula de pagamento em moeda extrangeira propriamente dita) ou de quantidade de moeda nacional sufficiente para adquiril-a, feita a conversão a determinado cambio (clausula *curso de moeda extangeira*).

As chamadas *clausulas de escala movel (clauses d'échelle mobile)*, fazem depender o montante da somma a pagar do valor actual de determinadas utilidades ou dos indices geraes de preços, ou do custo da vida.

Tanto a clausula *pagamento em ouro*, como a de *valor-ouro*, são commumente chamadas *clausula-ouro*, apparecendo as demais como succedaneas desta, ou combinações tendentes a obviar a opposição dos tribunaes aos pagamentos estipulados de accôrdo com as primeiras, sendo de notar, entretanto, que entre nós tambem as clausulas de pagamento em moeda extrangeira, em quaesquer de suas modalidades, são incluidas na designação generica de "clausula-ouro".

16 — A applicação das clausulas "pagamento em ouro" ou "valor-ouro" não encontra grandes difficuldades em regimen de simples curso legal, uma vez que, existindo a possibilidade de converter-se o papel-moeda em moeda-padrão, por importancia equivalente ao seu valor nominal, nenhum inconveniente poderá surgir, quer de ordem economica, quer juridica.

No tocante á sua *natureza juridica*, a primeira apresenta-se como combinação de divida de quantidade com uma obrigação de prestação de coisa, ao passo que a segunda é tambem divida de dinheiro, porém incerta, uma vez que, no momento da conclusão do contracto, não é possivel determinar quantas unidades de moeda legal, equivalente ao valor ouro estipulado, deverá entregar o devedor, para a liberação do credito. (V. SCHOO, *La Clausula Oro*, p. 44).

Adoptado, porém, o regimen do "curso forçado", isto é, do papel moeda inconvertivel, *quaes o alcance e os effeitos juridicos de taes clausulas?*

17 — Estudando o assumpto na recente monographia acima citada, observa SCHOO que, constituindo a clausula-ouro obrigação que implica uma forma especial de pagamento, os contractos que as contêm enquadram-se na categoria geral das obrigações, *e obedecem, portanto, ao principio universalmente admittido da liberdade das convenções, desde que não sejam illicitas ou contrarias á ordem publica,* e que justamente sobre a restricção final ao principio geral enunciado é que gyra toda a discussão sobre a clausula ouro.

O credito do Estado apresenta-se, sem duvida alguma, como instituição de ordem publica, essencialmente ligada á sua existencia, sendo, portanto, perfeitamente comprehensivel que se prohiba, sob pena de nullidade, e ainda mesmo de sancções penaes, estipulações que o compromettam.

Dahi o problema de saber se as convenções pelas quaes os contractantes procuram prevenir-se contra as alterações monetarias são attenttorias desse credito, e, portanto, contrarias á ordem publica, surgindo as difficuldades justamente da complexidade de condições e variedade de formas de que as mesmas se revestem.

Já dissémos que, em regimen de curso legal, poucas duvidas poderiam surgir quanto á validade das clausulas de garantia. Instituido, porém, o curso forçado, com todas as suas consequencias, qual, por exemplo, a força obrigatoria de um contracto com clausula ouro, estipulado em regimen de curso legal, cujo vencimento se opera, porém, durante a vigencia do curso forçado?

Algumas leis de curso forçado, decretando a obrigatoriedade do recebimento do papel-moeda, *não obstante quaesquer convenções em contrario,* resolvem desde logo o problema.

Se, porém, nenhuma referencia é feita a taes convenções, limitando-se o legislador a estabelecer a inconvertibilidade e o poder liberatorio illimitado do papel-moeda, como resolver?

O problema, segundo SCHOO, pode ser exposto nos seguintes termos: a regra do curso legal, que attribue poder liberatorio ao papel-moeda, e a regra do curso forçado, que attribue valor obrigatorio ao papel moeda inconvertivel, *são, por sua propria natureza, de direito publico e inderogaveis, ou são antes de direito privado, e portanto derogaveis contractualmente?*

18 — Tratando-se da *clausula-ouro* propriamente dita, isto é, de obrigação de pagamento em peças de ouro da moeda pactuada, ou em metal fino, não amoedado, clausula tambem chamada de *moeda especifica* ou de *prestação em ouro* (vide n.º 15 supra), é evidente que, estabelecida a inconvertibilidade, encontrar-se-á o devedor na impossibilidade material de obter moeda metallica para o pagamento, e nestas condições cumpre indagar se, dada a impossibilidade de cumprir o contracto, poderá o devedor desobrigar-se entregando a mesma somma em papel-moeda, sem agio algum, ou se, ao contrario, desobrigar-se-á sómente entregando, em moeda de curso forçado, o equivalente à somma-ouro pactuada, ficando a seu cargo o agio ou desvalorização da primeira.

Como se vê, o problema se desloca inteiramente para a discussão acerca da efficacia da *clausula valor-ouro*, em regimen de curso forçado.

19 — A nullidade ou validade tanto da *clausula-ouro*, como da clausula *valor-ouro*, em periodos de inconversão, foi amplamente discutida em França, tanto em 1870 como depois de 1914, por motivo das leis de curso forçado, que se limitaram a dispensar o Banco de França do reembolso de bilhetes-ouro, sem referencia alguma a taes convenções.

Alguns autores, especialmente LABBÉ, sustentam que *a clausula-ouro, pactuada anteriormente ao curso forçado, transforma-se em clausula valor-ouro*, desobrigando-se o devedor com o pagamento em papel-moeda, em quantidade equivalente à importancia-ouro devida, ficando a seu cargo o agio ou desvalorização.

Segundo WEISS, "o legislador fixa soberanamente o que é moeda, o que circulará como moeda. As partes determinam soberanamente o montante de suas obrigações, e podem fazer variar sua extensão segundo a moeda a ser empregada para o pagamento", sendo que admittem tambem a validade da "clausula-ouro" no sentido do "valor-ouro", entre outros VALERY, DUPUICA, BOECK, SURVILLE-ARTHUYS, ROLIN e MATER (apud SCHOO, loc. cit., p. 69).

Para outros, entretanto, — e é forçoso reconhecer que entre estes se encontram os grandes mestres da doutrina franceza, — *o curso forçado, instituição de ordem publica, annulla completamente a clausula-ouro, e apesar della, será o credor obrigado a receber o papel moeda pelo seu valor nominal, não se tomando em consideração agio ou desvalorização alguma.*

A lei de curso forçado, tendo caracter de lei de ordem publica, *paralysa, assim, tanto a clausula-ouro como a clausula valor-ouro.*

São partidarios desta doutrina WAHL, LAROMBIÈRE, AUBRY ET RAU, BAUDRY — LACANTINERIE, LYON-CAEN ET RENAULT, PLANIOL — RIPERT, DEMOGUE, LAURENT, NOGARO, SAVATIER, JÈZE, ect.

Em sua excellente e recentissima monographia, que vimos citando, impugna ALBERTO SCHOO este ponto de vista, mas sem razão, a nosso vêr.

Como bem ponderam PLANIOL — RIPERT, à primeira vista a clausula valor-ouro parece, de facto, absolutamente diversa da clausula-ouro: o credor não se recusa a receber uma moeda investida de curso legal, nem de a receber pelo seu valor nominal. Pretende, sómente, que cem francos em papel não valem mais cem francos ouro. Não lhe será licito, portanto, tomar em consideração a depreciação do papel-moeda em relação ao ouro?

E respondem:

> "O problema, entretanto, apresenta-se identico ao que suscita a clausula de pagamento eu ouro: é o da unidade do franco, atravez dos diversos typos de moeda que o exprimem. Se a lei quer que não exista senão um só franco, a clausula valor-ouro incorre em nullidade, porque ella estabelece opposição entre duas especies de francos, um de valor intacto, o franco-ouro, que de facto desappareceu, mas que serve de moeda de calculo, e outro, depreciado, o franco-papel, que serve de meio de pagamento.
>
> Ora, o espirito do nosso systema monetario é, incontestavelmente, o de manter a unidade e identidade do franco em relação a si mesmo, em qualquer eventualidade. O curso legal, conferido ao papel-moeda, significa que o franco representado por um bilhete de banco vale exactamente um franco representado por uma moeda de ouro ou de prata, *e impõe não sómente a acceitação do bilhete nos pagamentos, mas tambem sua acceitação por um valor igual ao das moedas metallicas, representando a mesma quantidade de unidades monetarias.* O art. 1895 fornece um argumento poderoso

> em favor do "nominalismo": elle faz abstracção do valor intrinseco da moeda para considerar tão sómente o valor monetario, que a lei lhe attribue. O devedor deve unicamente o numero de unidades monetarias fixado na obrigação, sejam quaes forem as alterações sobrevindo ao valor real ou commercial do instrumento de pagamento. Ora, o art. 1895, esclarecido pela historia e pelas circumstancias monetarias que o precederam, apresenta-se como disposição de ordem publica: o termo *sempre* deixa-o entender claramente. O Estado pretende ficar senhor de sua moeda".

E respondendo aos que criticam tal solução, como ficção inutil, desmentida pela realidade, isto é, pelo curso do cambio e pela elevação dos preços, concluem:

> "Isto equivale a esquecer, como mostraram certos economistas, que a generalização da clausula-ouro provocaria e accentuaria, ella propria, a depreciação do papel-moeda, fazendo-o baixar, no mercado interior, ao mesmo nivel da depreciação soffrida no mercado internacional, embora normalmente a primeira seja inferior à segunda. Além disso, tornando evidente a todos a depreciação soffrida, a clausula-ouro acabaria por supprimir a confiança no papel-moeda, induziria os particulares a se premunirem contra a depreciação provavel, augmentaria as necessidades do cambio, aggravando progressivamente a quéda do papel-moeda à medida que procurasse defender-se contra esta. Existe, ahi, um circulo fatal, que redundaria em ruina geral, a admittir-se, como valida, a pratica da primazia do ouro,"

accrescentando que a jurisprudencia, embora fracamente motivada, não tem hesitado em annullar a clausula valor-ouro, todas as vezes que o assumpto chega ao seu conhecimento (V. *Traité Pratique de Droit Civil*, vol. VII, pag. 505 e segs.).

De facto, desde 1924 vem a Côrte de Cassação annullando, systematicamente, todas as clausulas de *valor-ouro*, sob o fundamento de que, no regimen de curso forçado, a moeda fiduciaria tem, para todos os effeitos, valor liberatorio igual ao da moeda metallica, dahi deduzindo a Côrte a nullidade de ordem publica de toda convenção que obrigue um devedor residente em França, por uma somma alli exigivel, a liberar-se em ouro ou em outra

moeda que não seja a de curso forçado, *ou que faça depender a solução da divida, em caso de baixa da divisa franceza no mercado internacional de cambio, do pagamento de somma supplementar proporcional à depreciação do franco papel.* (V. SCHOO, loc. cit., p. 97 e segs; BEUDANT, *Cours*, vol. VIII, pags. 362 e segs; PLANIOL-RIPERT, loc. cit., pags. 513 e segs.).

20 — Diante da firmeza da doutrina e dos tribunaes, recusando efficacia tanto à *clausula-ouro*, como à clausula *valor-ouro*, procuraram as partes outras combinações, tendentes a afastar os effeitos da depreciação monetaria.

São as clausulas de pagamento em *moeda extrangeira*, ou as de *escala movel, geralmente apontadas como succedaneas da clausula-ouro*, e que, como notam PAINOL e RIPERT, têm por traço commum *parecerem perfeitamente regulares, si consideradas na sua letra e em seu resultado immediato, ao passo que seu espirito, e objectivo final, suscitam identicas e graves objecções à sua validez.*

E assim sendo, sua nullidade tem sido sempre pronunciada, na medida em que manifestamente apparecem como substitutivas da clausula-ouro, para fazerem escapar o credor à ficção de ordem publica, de que o franco-ouro é igual ao franco-papel.

Examinemos a chamada "clausula de pagamento em moeda extrangeira", cujo interesse, no caso em apreço, seria desnecessario salientar.

21 — Já vimos que essa clausula consiste na estipulação de entrega effectiva de certa quantidade de moeda extrangeira, *ou de quantidade de moeda nacional sufficiente para adquiril-a, feita a conversão a determinado cambio.*

Esta ultima modalidade é geralmente conhecida por clausula *"curso de cambio"*, ou *"curso de moeda extrangeira"*, e alguns autores costumam collocal-a entre as chamadas "clausulas de escala movel", divergencia destituida de qualquer alcance no tocante aos seus effeitos e valor juridico.

22 — Em artigo publicado em 1926, perguntava CAPITANT que destino aguardaria esta clausula, e pronunciava-se desde logo por sua nullidade, por abertamente contraria à vontade do legislador, que dá ao franco papel força liberatoria igual à do franco-ouro.

> *"Estipular em libras ou em dollares, dizia, ou estipular em ouro é sempre a mesma cousa, e uma clausula não pode ser licita se a outra é prohibida",*

e a Côrte de Cassação tem declarado radicalmente nulla toda estipulação de pagamento, não sómente em ouro, *mas em qualquer outra moeda que não seja a de curso forçado no paiz,* e essa tem sido a jurisprudencia invariavel dos tribunaes francezes.

A moeda extrangeira, escrevem PLANIOL — RIPERT, é uma mercadoria como qualquer outra, susceptivel de ser tomada como instrumento de liberação, e os arts. 143 e 338 do Codigo Commercial francez corroboram este ponto de vista. Não obstante, accrescentam, tem-se duvidado da validade desta clausula, em periodo de curso legal e de curso forçado, *pois ella visa uma moeda estavel, fixada ao par do ouro, e constitue portanto um meio directo de obter um valor-ouro.* Por outra parte, sua generalização augmentaria a procura de divisas extrangeiras, envilecendo o papel-moela nacional, e assim, salvo algumas variações, a jurisprudencia a tem declarado nulla, e a Côrte de Cassação tem-se pronunciado formalmente nesse sentido (loc. cit. p. 508).

O proprio SCHOO, que como vimos defende a validade da clausula valor- ouro, diz textualmente:

> "La clausula "moneda extranjera" *es una forma indirecta y muy vecina del pago en oro, desde que tiene en cuenta una moneda estable a la par del oro y es evidente que su generalización traeria consigo un au*mento en la demanda de divisas extranjeras, con el consiguiente envilecimento de la moneda nacional, de modo que lo que indudablemente la jurisprudencia ha buscado es salvaguardar los interesses del publico francés"
>
> (loc. cit., p. 150).

Tambem GÉNY, indagando se, frente à jurisprudencia francamente prohibitiva da clausula-ouro, poder-se-iam admittir as estipulações de pagamento em moeda extrangeira, observa:

> "Se nos collocarmos no sentido das tendencias politicas e economicas que determinaram a condemnação jurisprudencial da clausula pagavel-em-ouro, não podemos deixar de nos deter pelas seguintes considerações:

de um lado, a clausula de pagamento em moeda extrangeira estabeleceria, com successo certo, a concurrencia ao nosso papel-moeda, que se quer justamente evitar à moeda metallica franceza, e a estabeleceria em favor de uma moeda não nacional, o que seria peior. Por outro lado, para realizar-se praticamente, esta clausula provocaria uma procura abundante de divisas extrangeiras, que viria accelerar a baixa do cambio francez. Não ha, portanto, que admirar-se de que os interpretes mais judiciosos de nossa jurisprudencia, approvem ou não essas soluções, prevejam, como consequencia quasi fatal, a condemnação das clausulas de pagamento em moeda extrangeira, estipuladas no dominio interno". (*Revue Trimestrielle*, 1926, pags. 557 e segs).

23 — Isto com referencia aos pagamentos de moeda extrangeira *em especie*.

Quanto à clausula *"curso de moeda extrangeira"*, pela qual o devedor se obriga não já ao pagamento effectivo em moeda extangeira, *mas a entregar moeda corrente nacional em importancia sufficiente para adquirir a importancia pactuada de moeda extrangeira*, correndo por sua conta os riscos do cambio, (e por isso mesmo tambem conhecida por "clausula de *curso de cambio"*), é de notar que, em principio, ella não desconhece o poder liberatorio da moeda nacional, nem dá logar a que se produza procura de divisas extrangeiras no mercado monetario interno.

Não obstante, *tanto a doutrina como a jurisprudencia consideram-n'a radicalmente nulla*, para a primeira não somente em virtude do principio contido no art. 1895 do Codigo Civil, *como tambem por chegar ao mesmo resultado que a clausula de pagamento em moeda extrangeira*, e, para a segunda, pela interpretação combinada das leis do curso legal e do curso forçado, que ao estabelecer, de accôrdo com a doutrina da Côrte de Cassação, que um franco-ouro é igual ao franco-papel, annulla toda convenção tendente a evitar a applicação deste principio, no caso de depreciação da moeda.

Assim é que o Tribunal de Nice annullou um contracto de locação cujo pagamento fôra convencionado e se fizesse de accôrdo com o valor do dollar, e a Côrte de Cassação confirmou o aresto, "visto como as leis de 12 de agosto de 1870 e 5 de agosto de 1914, relativas ao curso legal e forçado, fulminam de nullidade de ordem publica toda convenção que obrigue um devedor de som-

ma exigivel em francos, residente em França, a desobrigar-se em ouro ou em qualquer outra moeda que não seja a de curso forçado, ou que faça depender sua liberação, em caso de baixa da divisa franceza no mercado internacional de cambio, da entrega de uma somma supplementar correspondente à depreciação dos bilhetes de banco no mercado".

Tambem no caso Dumas v. Grenouilleau a a Côrte de Paris declarou nulla a convenção pela qual o devedor liberar-se-ia não já em ouro, mas em bilhetes do Banco de França crrespondentes à importancia estipulada no contracto, augmentada porém com o agio do ouro e da prata no dia do pagamento. (apud SCHOO, loc. cit., p. 152).

Referindo-se às clausulas que fazem depender o montante de somma a pagar do curso de moeda extrangeira, *opinam PLANIOL — RIPERT pela sua nullidade absoluta* (loc. cit., p. 510) e no mesmo sentido BEUDANT, que assim se manifesta:

> "O curso forçado é uma medida de ordem publica, para salvar o encaixe metallico ameaçado. Ora, esse encaixe pode ser ameaçado tanto directamente, pelas retiradas de ouro, unica hypothese expressamente prevista pela lei, como indirectamente, por uma inflacção generalisada, que diminue o valor relativo desse encaixe. Interessa à ordem publica que os particulares não possam derogar, mediante convenções, a lei do curso legal, nem contornar essa prohibição por estipulações em moeda extrangeira. *.Fazer variar, de accôrdo com o cambio, o numero de bilhetes* (francos-papel) *a pagar, equivale, em caso de baixa da moeda nacional, e multiplicar a necessidade de bilhetes, e por conseguinte augmentar a inflacção.* Com razão ou sem ella, mas sem nenhuma duvida, a nullidade da clausula-ouro, e de seus succedaneos, tem-se afigurado aos magistrados e aos poderes publicos o meio de defender a moeda nacional".
>
> (loc. cit., p. 367).

24 — Dispensando-nos de outras considerações, pois este trabalho já se vae tornando demasiadamente longo, é evidente que a pretensão da Companhia, de obter em moeda nacional renda liquida tal que, convertida em dollares ao cambio médio do anno lhe proporcione, em relação ao capital-dollares, a remuneração assegurada pelo contracto, *constituiria, a ser admittida pela Muni-*

cipalidade, uma estipulação typica de pagamento em moeda extrangeira, sob a modalidade de clausula "curso de cambio", como acima verificámos, e tal clausula, cuja nullidade tem sido geralmente reconhecida, como tambem tivémos opportunidade de verificar, *além de não se conciliar com a indole dos serviços publicos, é hoje expressamente vedada pela legislação federal, como passamos a expôr.*

25 — Dispoz o decreto federal n.º 23.501, de 27 de novembro de 1933:

> "E' nulla qualquer estipulação de pagamento em ouro, *ou em determinada especie de moeda*, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus effeitos, o curso forçado do mil réis papel. (art. 1.º) A partir da publicação deste decreto, é vedada, sob pena de nullidade, nos contractos exequiveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal". (art. 2.º).

Como se vê, a declaração de nullidade absoluta, contida no art. 1.º do decreto 23.501, é expressamente comprehensiva de *todas as clausulas tendentes a recusar ou restringir o curso forçado do mil-réis papel*, e si, como já vimos, a doutrina e a jurisprudencia franceza condemnam a clausula-ouro e seus succedaneos por simples effeito do curso legal e do curso forçado, *que não se dirá entre nós, quando um dispositivo legal decreta expressamente tal nullidade?*

E' de notar que as estipulações de pagamentos em moeda extrangeira, *seja em moeda especifica, seja indirectamente, pela clausula "curso de cambio", ficaram tambem expressamente vedadas*, e o decreto n.º 23.501 não admitte duvidas a respeito, ao declarar nullas as estipulações de pagamento em ouro *ou em determinada especie de moeda*, quando, aliás, bastaria decretar a nullidade da clausula-ouro, que acarretaria a de seus succedaneos, ou mesmo a de qualquer clausula tendente a recusar ou a restringir os effeitos do curso forçado do mil-réis papel (art. 1.º, parte final).

Os longos e bem redigidos "consideranda", que precedem a parte dispositiva do decreto, tambem não deixam duvidas a respeito dos fins visados pelo Governo Provisorio, ao expedil-o, e da extensão das medidas adoptadas:

"*Considerando* que é funcção essencial e privativa do Estado criar e defender sua moeda, assegurando-lhe o poder liberatorio;

Considerando que é attribuição inherente à soberania do Estado decretar o curso forçado do papel-moeda, como providencia de ordem publica;

Considerando que, uma vez conferido ao papel moeda o curso forçado não pode a lei que o decretou ser derrogada por convenções particulares, tendentes a illidir-lhe os effeitos, *estipulando meios de pagamento que redundem no repudio ou na depreciação desta moeda, a que o Estado afiançou poder liberatorio igual à metallica;*

Considerando que em quasi todas as nações tem sido decretada a nullidade da clausula ouro *e de outros processos artificiosos de pagamento, que importem na repulsa ao meio circulante;*

. . . . . .

Considerando, portanto, que não pode ter validade legal, no territorio brasileiro, qualquer clausula, convenção ou artificio *que vise subtrahir o credor ao regimen do papel-moeda de curso forçado, recusando-lhe ou diminuindo-lhe o poder liberatorio integral, que o Estado em sua soberania lhe conferiu,* etc.

Como, portanto, admittir que uma empreza concessionaria de serviços publicos tenha hoje seu capital expresso em dollares, pretenda remuneração-dollares, e calcula os seus lucros em funcção dessa renda e desse capital expressos em moeda extrangeira, quando as simples convenções entre particulares, que contenham clausula-ouro, ou de pagamento em qualquer moeda que não seja a nacional, de curso forçado, foram expressamente declaradas nullas?

Estamos certos de que a propria Companhia reconhecerá, sem nehuma difficuldade, a procedencia de todas estas conclusões, pois ha bem pouco tempo, por occasião das serias divergencias surgidas entre a Municipalidade de Buenos Aires e a Compañia Hispano Americana de Electricidad, e a cujo respeito foram chamados a pronunciar-se não sómente autoridades e commissões governamentaes, como professores da Universidade de Buenos Aires e outras personalidades de destaque naquelle paiz, *re-*

conhecia a propria Companhia concessionaria a impossibilidade da clausula de pagamento em moeda extrangeira nos contractos de concessão, e o fazia em termos bastante explicitos:

> "En cuanto a la estipulación en moneda extranjera, el deudor debe adquirir, para el pago de la obrigación, ya sea la cantidad de moneda extranjera pactada, o bien entregar moneda nacional en cantidad suficiente para adquirir la divisa extranjera.
>
> En los paises donde la moneda oro carece de representación material, la inclusion de "cláusula oro" sólo es posible *refiriéndose a una moneda extranjera*, trocando la referida cláusula oro en una cláusula valutaria propriamente dicha. *Sin embargo, esta clausula tiene en la pratica un inconveniente serio y es el de que no es posible su inclusión en los contratos de servicios públicos*, por cuanto el ente publico contratante o concedente *no aceptaria nunca la moneda extranjera, por ser el uso de la moneda propia uno de los atributos de la soberanía*. En tal sentido se han inclinado, *no solo la apreciación cientifica, sino, además, la jurisprudencia comparada, preferentemente en Francia y Alemania*".
>
> (*Estudio de las Cuestiones planteadas a la Comisión de Conciliación*, Buenos Aires 1934, p. 278).

26 — Resta-nos examinar a questão da *retroactividade do decreto n.º 23.501*, isto é, de saber se a declaração de nullidade, contida no referido decreto, *attinge ou não os contractos anteriores*, como, no caso em apreço, o da Cia. Telephonica, que data de 1926.

A nosso vêr, não é possivel duvidar-se dessa retroactividade, quer se considere a questão do ponto de vista puramente doutrinario, quer a encaremos frente aos dispositivos do proprio decreto n.º 23.501 e dos "considerada" que o precedem, e nesse sentido já se têm manifestado varias autoridades e a propria jurisprudencia, como passamos a expôr.

27 — Estabelece o art. 1.º do referido decreto n.º 23.501:

> "E' nulla qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em determinada especie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus effeitos, o curso forçado do mil réis papel".

Como se vê, o dispositivo não faz distincção entre estipulações anteriores e posteriores à sua promulgação, abrangendo, portanto, em seus termos imperativos, tanto uma como outras.

Não fosse elle sufficiente, porém, e o art. 2.º do decreto afastaria qualquer duvida:

> "A partir da publicação deste decreto, é vedada, sob pena de nullidade, nos contractos exequiveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal".

Ora, a existencia deste dispositivo especial, para as estipulações futuras — "a partir da publicação do decreto", como alli se diz, — deixa claramente perceber que o art. 1.º *destinou-se justamente à annullação das convenções anteriores*, pois do contrario não haveria motivo que justificasse a existencia de ambos os dispostivos, sendo sufficiente, para a prohibição das estipulações futuras, o preceito contido no art. 2.º.

28 — Já na Exposição de Motivos, dirigida ao Chefe do Governo Provisorio, dizia o Ministro OSWALDO ARANHA, justificando a necessidade de dar caracter retroactivo pleno ao futuro decreto sobre pagamentos em ouro:

> 1 — "E' principio inconteste o que empresta a força de lei aos contractos *legalmente* concluidos, para as partes contractantes.
>
> A Guerra Mundial, porém, veiu, com sua série de desiquilibrios economicos e financeiros, crear, por circumstancias imprevisiveis extra-contractuaes, uma *excessiva onerosidade*, falseando brutalmente a economia dos contractos. A lei Faillot admittiu a "suspensão" e, até a "resolução" dos contractos concluidos *antes da guerra*. Apesar das reservas com que foi recebida pela jurisprudencia franceza de então, posteriormente, quando surgiu a lei de 6 de julho de 1925, autorizando a "revisão dos contractos de locação", — ninguem mais discutiu sua integral applicação.
>
> 2 — Qual o fundamento dessas medidas *extremas?* "A revisão dos contractos é permittida, desde que se verifique um acontecimento extraordina-

rio, fóra da previsão humana, tornando a execução tão onerosa que venha a constituir uma lesão desproporcional com as vantagens previstas ao se firmar o contracto".

3 — Foi o que se verificou, *entre nós*, com o decreto n.º 19.573, de 7 de janeiro de 1931, permittindo a "resolução" ou "modificação" das locações de predios, feitas por funccionarios publicos demittidos, removidos ou cujos vencimentos houvessem sido reduzidos em mais de 25%. Este decreto mereceu os applausos de CLOVIS BEVILAQUA (*Direito das Obrigações*, 3.ª ed., Rio, 1931, pags. 346-7).

4 — *Posteriormente:* — o decreto n.º 19.473, de 10 de dezembro de 1930, retificado pelo de n.º 19.754, de 18 de março de 1931, regulando os conhecimentos de transporte de mercadorias (art. 11, § unico) e o decreto n.º 22.626, de 9 de abril de 1933 (regulando a usura), extremamente *retroactivos*, são paradigmas desses principios.

5 — O ue se deve procurar nos contractos é a commum intenção das partes; cessa essa obrigação quando a *primitiva* situação economica soffrer uma imprevista e profunda modificação (Cf. ALBERT WAHL, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1918, p. 65).

6 — Surge, então, a funcção do *governo politico*, ordenando os *ajustamentos* por classe de negocios, tendo em vista as relações de *meio* e *tempo*, ante a superveniencia *imprevista* e *imprevisivel*, constitutiva, para o credor, d'uma fonte de enriquecimento inesperado. (Cf. ARNOLDO MEDEIROS, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio, 1932 p. 195; ARTHUR ROCHA, *Da intervenção do Estado nos contractos concluidos*, Rio, 1932, p. 149).

7 — O até aqui expendido tem integral applicação quanto á *clausula ouro*, convencionada como moeda unica do contracto, mesmo quando estipulada como *garantia do cambio*, permittindo a liberação em papel moeda pelo valor correspondente á metallica na occasião do pagamento.

a) — "Le cours forcé écarte toute convention contraire, qu'il lui est supérieure et qu'il le domine *parce que d'ordre public. La clause de paiement en or est paralisée tant que dure le cours forcé*" (SCHKAFF, La dépréciation monétaire et ses effets en droit privé, Paris 1925, p. 168).

b) — Les lois nouvelles, qui changent la valeur intrinsèque de la monnaie ont un *effet immediat* sur les contrats en cours.

On a dit alors que les lois nouvelles que modifient le régime monétaire *devaient s'appliquer aux contrats en cours comme lois d'ordre public contractuel*. Mais cela n'est point suffisant pour définir les effets de la loi nouvelle, car on pourrait croire que la loi nouvelle a effet seulement vis-à-vis de débiteurs contractuels. Or c'est là une erreur évidente: la loi nouvelle a effet vis-à-vis tous les débiteurs, que leur dette vienne d'un contrat ou qu'elle vienne d'une autre source. Et précisement, si elle a effet dans les contrats en cours, c'est parce qu'elle n'est pas une loi relative à une situation contractuelle, *mais une loi relative à un estatut légal, le statut de la monnaie; la loi, considerée comme loi de droit public, atteint tous les sujet de l'Etat*, elle les atteint aussi bien dans les contrats qu'en dehors de tout contrat; c'est une erreur de considérer que la loi est relative aux contrats" (PAUL ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, Paris 1933, volt. 2, p. 126, 127).

c) — Les lois qui ont établi le cours forcé du billet de banque ont fait de celui-ci une monnaie fiduciaire obligatoire, ayant la même valeur libératoire que la monnaie métallique (Capitant).

d) — Sous le régime interieur, *elle est nulle*, car elle porte *atteinte à l'ordre public*, par l'obstacle qu'elle oppose à la libre circulation des billets; *elle contrevient directement aux lois qui, dans un interêt superieur, ont édicté de cours forcé*. Ces lois constituent des *veritables lois de police et de sureté, d'une portée territoriale*,

et s'imposant à tous (art. 3.º, al. 1 Cod. Civ.); elles sont même assorties d'une sanction pénale par l'art. 475, § 11 Cod. Pén. qui punit des peines de simples police le fait de refuser en paiement une monnaie ayant cours légal. — Paris, 22 fév. 1924, Dumas c/ Grenouilleau, (Clunet, 1924, p. 691) et les conclusions de M. Dreyfus (Cas. Pal. 1924, 1, 364; Colmar, 20 nov. 1921; Rev. Jur. Als. Lorre., 1922, p. 97; Colmar, 13 mai 1924. (Ibid., 1924, p. 284, note Wilhelm). Trib. Civ. Strasbourg, 17 dec. 1925 (Ibid., 1926, p. 169, note Wilhelm) Addé: *Wilhelm, Stipulations en monnaie dépreciée*, (Ibid. 1924 p. 145 e s.)

De fait, *la doctrine s'accorde avec la jurisprudence* relatée ci-dessous pour annuller la clause-or sous l'aspect qui vient d'être indiqué (GÉNY, *La validité juridique de la clause payble en or* (Rev. Trim. de droit civ., 1926, p. 557 e s.); NOGARO, *Impossibilité d'une clause or* Rev. trim. de droit civ., 1925, p. 5 e s); NIBOYET, *Des conflits de lois relatifs aux paiements depuis la dernière guerre* (notre Revue, 1925, p. 161) VALÉRY, *La clause payable en or et le cours forcé*, in CLUNET, 1916, p. 1.132); LAPRADELLE ET NIBOYET, *Répertoire de droit international*, vol. 3,VC. change, cours forcé, monnaie de paiement, valorisation, ns. 30 e 32, p. 24).

"8 — Em face do exposto, justificado pela doutrina juridica universal, consagrado pela legislação de todos os Paises e sanccionado pela jurisprudencia de todos os povos cultos, o presente decreto constituirá mais um inestimavel serviço que Vossa Excellencia presta à Nação — OSWALDO ARANHA."

Em conformidade com essa mesma orientação foram redigidos alguns dos "consideranda" do decreto n.º 23.501:

"*Considerando* que providencias dessa natureza, tomadas pelo Estado no exercicio de suas funcções sobe-

DEPARTAMENTO JURIDICO DO ESTADO DE SÃO PAULO BIBLIOTECA

ranas, e por altas razões de ordem publica, *não podem deixar de abranger, nos seus effeitos, as convenções anteriores à publicação da lei;*

— *Considerando* que é geral a retroactividade de taes medidas, como se verifica da "Joint Resolution" supracitada; do decreto allemão de 28 de setembro de 1914, quando prescreve que "as convenções celebradas antes de 31 de julho de 1914, e pelas quaes o pagamento devia ser effectuado em ouro, cessam até nova ordem de obrigar as partes"; do decreto belga de 2 de agosto de 1914; da lei rumena de 21 de dezembro de 1916; da lei grega de 21 de julho de 1914; da lei bulgara de 12 de maio de 1921, e do decreto francez de 18 de setembro de 1790, que assim dispunha: "todas as sommas, por estipulação pagaveis em especie, poderão ser pagas em assignados, ou promessas de assignados, não obstante todas as clausulas ou disposições em contrario;"

— *Considerando*, portanto, que não pode ter validade legal, no territorio brasileiro, qualquer clausula, convenção ou artificio que vise subtrahir o credor ao regimen do papel moeda do curso forçado, recusando-lhe ou diminuindo-lhe o poder liberatorio integral, que o Estado em sua soberania lhe conferiu;

— *Considerando* que o contrario seria admittir a possibilidade de convenções de direito privado derogarem leis de Direito Publico, decreta....",

sendo ainda de notar que o art. 3.º do decreto 23.501 declarou "*revogadas as disposições em contrario, incluidas as de caracter constitucional*", quando *o unico dispositivo de caracter constitucional que se poderia oppôr às suas disposições era justamente o relativo à retroactividade das leis.*

Não vemos, diante da intenção tão manifesta do legislador, e de termos tão explicitos da lei, como se possa, por um momento siquer, duvidar do seu caracter retroactivo, quando é certo que, mesmo na ausencia de todos esses elementos, *bastariam o seu caracter de lei eminentemente de ordem publica e os fins visados pelo legislador, que evidentemente não seriam attingidos se ella fosse applicada tão sómente para os contractos futuros, para que se lhe reconhecesse, desde logo, effeito amplo e illimitado sobre os contractos em curso.*

2º — Esse effeito retroactivo, como se vê da explendida exposição de motivos do ministro OSWALDO ARANHA, tem sido admittido em todos os paizes onde se decretou a extincção da clausula-ouro, e obedece aos principios hoje victoriosos em materia de efficacia contractual, frente aos interesses collectivos e às leis de ordem publica, destinada a protegel-os.

Assim é que ROUBIER, um dos mais modernos e acatados autores, entre os que têm versado a materia, depois de observar que as leis relativas ao regimen monetario são lei de ordem publica, eis que se referem não a situações contractuaes, mas ao estatuto legal da moeda, *tendo, por isso mesmo, effeito immediato sobre os contractos em curso*, accrescenta, com referencia especial às estipulações de pagamentos em ouro e seus succedaneos:

> "Insiste-se, entretanto, em observar que pode acontecer tenham as partes procurado, por meio de clausulas particulares, proteger-se contra a queda do valor da moeda para assim obterem fixidez no valor respectivo de suas prestações.
>
> Estas clausulas são hoje bem conhecidas (clausula- ouro, clausula valor-ouro, etc.), e os sobresaltos de nosso regimen monetario, nos ultimos tempos, deram-lhes triste actualidade. Ora, a jurisprudencia tem opposto obstaculos a que todas as estipulações convencionaes, tendo caracter monetario, possam ter effeito frente à lei nova, pelo menos os contractos internos, e sob reservas, naturalmente, nos contractos internacionaes (V. tambem o art. 2.º, al. 2., da lei de estabilisação de 25 de junho de 1928).
>
> Não é isso prova, diz-se, de que as novas leis monetarias agem como leis de ordem publica, frente às estipulações anteriores, para tornal-as inefficazes?"

E o eminente professor da Universidade de Lyon, avançando ainda mais que os partidarios da retroactividade, conclue que não se trata ahi siquer um problema de direito transitorio, ou que tenha havido um *direito novo*, a respeito de taes clausulas, *as quaes, a seu vêr, já haviam nascido com o destino de se tornarem inefficazes em regimen de curso forçado*, regimen que sómente veio dar effeito a essa inefficacia latente:

"C'est une erreur, en tout cas, de croire que la loi du cours forcé a modifié l'état de la legislation sur la valeur de ces clauses; il n'y a en aucun droit nouveau à cet égard; ces clauses sont devenues inefficaces par la proclamation du cours forcé, *mais dès le jour même ou elles furent stipulées, elles étatient destinées à devenir inefficaces en régime de cours forcé;* la loi du 5 août 1914 a eu seulement pour résultat de faire sortir effet à une cause d'inefficacité latente, *mais elle n'a opéré aucun changement dans le droit des contrats, auquel d'ailleurs, par son objet, elle était absolument étrangère*".

(*Les Conflits de Lois dans le Temps*, tomo II, p. 127 e segs).

No mesmo sentido da retroactividade absoluta das leis monetarias sobre os contractos anteriores podem ser ainda consultados PLANIOL-RIPERT, loc. cit., pag. 516 e segs; COLIN-CAPITANT, Droit Civil, vol. I, p. 61; BEUDANT, loc. cit., pag. 379 e sgs; SCHKAFF, para o qual o legislador, em taes casos, *reorganiza apenas as relações juridicas transtornadas pela depreciação da moeda* (apud ARTHUR ROCHA, loc. cit., p. 9), etc.

30 — Esta solução obdece, como dissémos, à moderna e hoje definitivamente victoriosa theoria da socialização do direito contractual, da "publicização" dos contractos, e que não é, aliás, senão uma das faces do grande phenomeno da socialização do Direito.

Estudando os varios aspectos dessa transformação da theoria contractual, em magnifico trabalho que se encontra na "Revue Trimestrielle", 1937, pag. 1 e segs., chega JOSSERAND à conclusão de que o contracto escapa cada vez mais à acção concertada das partes, deixa de ser um accôrdo estabelecido na presuppposição de um jogo de vontades iguaes e autonomas, sob a égide da liberdade contractual, para tornar-se uma operação dirigida e controlada pelo Poder Publico, seja este representado pelo legislador ou pelo juiz.

Desapparece assim, aos poucos, o tradicional *mutuo consenso*, e o contracto-puro transforma-se, torna-se cada vez menos contracto, para dar logar, em gráos mais ou menos variaveis, ao *contracto-regulamento*, ou *contracto-dirigido*.

Examinando as causas dessa transformação, ou desse declinio do contracto, em seu conceito classico, nota JOSSERAND que, do ponto de vista politico-juridico, trata-se de uma manifesta-

ção desse movimento de grande envergadura, que interessa a todos os direitos, a todas as situações juridicas: *o enfraquecimento do ponto de vista individual e a valorização progressiva do ponto de vista social*, desenvolvendo-se este às expensas daquelle, e, do ponto de vista economico, de um resultado da concentração de capitaes, da dictadura das grandes companhias industriaes, financeiras e de transportes, que destruiram o presupposto de igualdade das partes, sobre o qual repousava o conceito classico do contracto.

E' que, na epoca contemporanea, "o direito soffre progressivamente a attracção e o jugo dos factos economicos, que o dominam, e das quaes elle se torna tributario... e a ordem juridica nova é essencialmente uma ordem economica, financeira e fiscal".

Assim, para defesa dos fracos, para refreiar os appetites dos economicamente poderosos, *à igualdade theorica, rompida pelos factos, é preciso substituir uma igualdade effectiva, instituindo-se uma politica de regulamentação e intervencionismo.*

A ordem economica reagiu, portanto, sobre a ordem juridica contractual, assentando-a sobre novas bases. Teria havido, ahi, morte ou declinio do contracto? Não, responde JOSSERAND, mas apenas *transformação, renovação do seu conceito.* Para tempos novos, instituições novas, e ao conceito tradicional do direito romano succede, dest'arte, um instrumento juridico differente, que tem por pontos de apoio postulados differentes dos do direito tradicional, *mas que nem por isso será dotado de menor vitalidade, e cujo papel, longe de ser diminuido, será mais importante, mais carregado de juridicidade que seu antecessor.*

E examinando, afinal, os varios aspectos e phenomenos do dirigismo contractual", enumera grande jurisconsulto e magistrado *francez a attenuação ou enervamento da força obrigatoria dos contractos, a revisão das condições deste, de accôrdo com a theoria da imprevisão, as theorias da causa, da lesão, do abuso de direito, as moratorias, as revisões das condições pactuadas, em beneficio do devedor*, etc.

São factos sem duvida irrecusaveis, e embora conservador a muitos respeitos, não poude JOSSERAND deixar de constatal-os, e mesmo de applaudil-os, até certo ponto.

Outro grande espirito, GEORGES RIPERT, em seu recente e já famoso livro "Le régime democratique et le droit civil moderne", referindo-se à retroactividade das leis de ordem publica, e sua applicação aos contractos firmados sob o dominio da lei anterior, assim se manifesta:

"A lei nova, que estabelece uma regra de ordem publica, pode tolerar que convenções antigas continuem a ser applicadas, embora contrarias a essa regra, *mas pode tambem, ao contrario, considerar que toda derogação à ordem estabelecida poderia compromettel-a, e será preciso então annullar as clausulas cuja regularidade era incontestavel ao tempo em que as partes as haviam estipulado.* A lei vem, assim, quebrar o effeito de um contracto validamente concluido.

De qualquer forma, o legislador tem todo poder de destruir os contractos cuja execução considere impossivel ou injusta. A destruição impõe-se, assim, em virtude do poder absoluto da lei. Para justifical-a, o legislador invoca considerações varias de justiça commutativa ou de interesse publico".
(pag. 310).

Finalmente GASTON MORIN, eminente deão da Universidade de Montpellier, faz notar, muito a proposito, que um direito em que precisamente as considerações de ordem moral desempenham papel preponderante — o direito canonico, subordina a força obrigatoria dos contractos tanto ao principio da liberdade contractual como aos postulados da justiça, e admitte que *pode haver injustiça na execução dos contractos, uma injustiça post-contractual, resultante da transformação extraordinaria e imprevisivel do valor das prestações reciprocas.* Subentende-se, então, nos contractos, a clausula "rebus sic stantibus", que permittirá sua revisão.

E conclue reconhecendo que o dirigismo legal e jurisprudencial, atacando a força obrigatoria do contracto, seria gerador de anarchia social se a dependencia do individuo, em relação a si mesmo, continuasse a ser, como no systema de individualismo philosophico e juridico, o unico principio de disciplina social, o que entretanto não succede, eis que em nossos dias outro principio apparece, o da interdependencia dos individuos, o qual justifica plenamente tal orientação *(Revue Trimestrielle,* 1937, p. 553 e segs.).

31 — Estes principios têm sido largamente applicados na propria França, e para não citarmos já os decretos sobre curso forçado, e a orientação jurisprudencial a respeito, ha pouco examinada, recordaremos tão sómente o decreto de 16 de julho de 1935, que reduziu os alugueres em 10%, e estabeleceu acção de revisão

para os arrendamentos; o decreto, da mesma data, que reduziu de 10% os juros hypothecarios; o que autorizou uma reducção de 10% nos salarios dos empregados de empresas privadas concessionarias ou subvencionadas, e os relativos à applicação dos contractos de fornecimento de gaz e de electricidade. O decreto de 16 de julho de 1935, completado por outro de 20 de agosto do mesmo anno determinou "a reducção immediata do preço da energia electrica", e para realizal-a dá aos distribuidores, não obstante qualquer clausula em contrario, o direito de obterem de seus fornecedores e transportadores de corrente a revisão dos contractos de compra e de transporte, podendo ainda os concessionarios obter modificação da concessão.

32 — Bastante illustrativas e de alta significação, para o caso em apreço, dada a similitude das situações que deviam ser resolvidas, aqui e na America do Norte, são as decisões da Suprema Côrte norte-americana, *que determinaram a applicação retroactiva dos decretos que, naquelle paiz, prohibiram as estipulações de pagamentos em ouro, ao mesmo tempo que fixaram, para o dollar, valor inferior ao estabelecido pelo "Legal Tender Act", de 1900.*

Aos 6 de março de 1933, considerando que "retiradas massiças e injustificaveis de ouro estavam sendo levadas a effeito nos bancos, para fins de thesaurisação, e que uma actividade especial sobre cambios extrangeiros ameaçava o estoque de ouro da nação", decretava o Presidente Roosevelt o fechamento dos bancos, durante tres dias, ao mesmo tempo que prohibia ao Thesouro effectuar qualquer pagamento em ouro.

Aos 9 de março votava o Congresso a lei bancaria de emergencia (Emergency banking Act), ratificando as medidas tomadas pelo Presidente e autorizando-o a regulamentar todas as operações de cambio, ou sobre o ouro, inclusivé thesaurisação, e sobre operações bancarias em geral.

Aos 10 de março prohibia o Presidente a exportação de ouro para além dos territorios submettidos à soberania dos Estados Unidos, e a 5 de abril novo decreto convidava a todos os detentores de moedas de ouro, barras ou certificados de depositos-ouro a apresental-as aos bancos do Estado para receberem, em troca, "um montante equivalente de bilhetes emittidos de accôrdo com as leis dos Estados Unidos", isto é, calculado segundo a definição legal do dollar, nos termos da lei de 1900.

Todas essas medidas visavam retirar o ouro da circulação, fazendo-o voltar às caixas federaes.

A 12 de maio, pelo "Agricultural Adjustment Act", conferiu o Congresso ao Presidente o poder de fixar o peso do dollar-ouro, ao titulo de 9/10, e de fixar igualmente o peso do dollar-prata ao mesmo titulo, n'uma relação determinada com o dollar-ouro, "tal como julgasse necessario, após suas investigações, afim de estabilizar os preços internos, ou para proteger o commercio internacional contra o effeito desfavoravel das circulações monetarias extrangeiras depreciadas".

Finalmente, como corollario de todas essas medidas, votou o Congresso, a 5 de junho, uma resolução segundo a qual

> *"toda estipulação que tende a dar a um credor o direito de exigir pagamento em moeda de ouro ou em uma especie particular de numerario ou de bilhetes é contraria à ordem publica",*

em consequencia,

> *"taes estipulações são prohibidas nas obrigações que, de futuro, forem contractadas".*

estabelecendo-se ainda que

> "toda obrigação, seja ella contractada anteriormente ou posteriormente à presente lei, contenha ou não uma estipulação desse genero, será validamente executada por um pagamento effectuado dollar por dollar, em uma moeda qualquer — numerario ou bilhetes, — tendo na época do pagamento curso legal para o pagamento de dividas publiças ou privadas".

Em 30 de janeiro de 1934 outra lei (o Gold Reserve Act) prohibia ao Presidente fixar o peso do dollar a mais de 60% do seu peso antigo, e no dia seguinte o Presidente fixava-o em 15 grammas 5/21, titulo de 9/10, mas sem restabelecer o mercado livre do ouro nos Estados Unidos, ficando dest'arte o dollar desvalorisado em 69/100 do seu peso anterior.

Foi em presença destas medidas, tomadas, como bem observa ANDRÉ PERCEROU, sob o signo da necessidade e como remedio a um perigo nacional, que a Suprema Côrte norte-americana foi chamada a pronunciar-se sobre a retroactividade de taes decretos, quanto ás obrigações anteriormente estipuladas.

Na sessão de outubro de 1934 tomou a Suprema Côrte conhecimento dos casos ns. 270, 471 e 472, e o primeiro aresto, datado de 18 de fevereiro de 1935, versava sobre o pedido do portador de uma obrigação de 10.000 dollares, emittida pela "Baltimore and Ohio Railroad C. I", a 1.º de fevereiro de 1930, na qual se declarava que o pagamento do principal e juros seria feito "em moeda de ouro dos Estados Unidos, conforme ou equivalente em peso e titulo ao padrão em vigor em 1.º de fevereiro de 1930".

O portador pedia a condemnação da sociedade emissora ao pagamento de juros e principal em bilhetes que representassem, de accôrdo com a nova definição legal do dollar, o equivalente legal do pagamento-ouro estipulado, isto é, 1,69 dollar-papel para cada dollar-ouro, desde que o peso antigo do dollar era 169/100 do seu novo peso, e *fosse, em consequencia, declarada inconstitucional a resolução de 5 de junho de 1933, pela qual o Congresso pretendera privar de effeito a clausula-ouro pactuada, ficando, ao mesmo tempo, estabelecido que os devedores de obrigações-ouro não poderiam liberar-se entregando sommas de bilhetes "dollar por dollar", mas sommas calculadas de accôrdo com a depreciação official, isto é, 1,69 dollares da moeda actual para cada dollar-ouro de sua divida.*

A discussão, como desde logo se pode prevêr, versou exclusivamente sobre a *constitucionalidade* da resolução, *do ponto de vista de sua retroactividade*, e após examinar os poderes do Congresso, em materia fiscal e monetaria, decidiu a Suprema Côrte que

> "os contractos, sejam quaes forem os seus termos, não podem entravar a autoridade constitucional do Congresso (interfere with the exercise of its constitucional authority). Os contractos podem crear direitos patrimoniaes, mas quando dispõem sobre uma materia que se acha no dominio da autoridade do Congresso, elles são victimas de uma enfermidade congenita. *As partes não podem subtrahir suas transacções ao exercicio de poderes constitucionaes que as dominam*, fazendo convenções a respeito desses proprios poderes. (v. Hudson Water Co. v. No. Carter, 209, U. S., 349, 357). Este principio é isento de duvidas, e tem recebido muitas applicações..."

"Estando estabelecido pela Côrte que as medidas tomadas pelo Congresso *podem acarretar, como consequencia, a nullidade das convenções anteriores, validamente concluidas,* não ha razão para recusar ao Congresso o poder de *prohibir e invalidar, por um texto expresso, contractos mesmo anteriormente celebrados, e validos no momento da sua celebração, sempre que esses contractos entravem a realização da politica que o Congresso é livre de adoptar.*

Assim é que o Congresso, na lei sobre accidentes no trabalho, de 1908, declarou nulla toda convenção cujo fim consistisse em permittir ao empregador, transportador publico, de livrar-se dessa responsabilidade. E a Côrte julgou, então que

1.º — o poder de estabelecer regras de responsabilidades implica o de assegurar sua efficiencia, prohibindo todas as convenções que a illudam;

2.º — *que essa prohibição se applica mesmo aos contractos anteriormente concluidos.*

Os principios citados são applicaveis aos poderes constitucionaes do Congresso para regulamentar a circulação e estabelecer o systema monetario do paiz.

Se as clausulas-ouro, submettidas ao exame da Suprema Côrte, entravam a politica do Congresso no exercicio dos seus poderes, ellas não podem ser mantidas".

E depois de outras considerações sobre a razoabilidade das medidas adoptadas pelo Legislativo, proseguia:

"Podemos nós dizer que a decisão do Congresso, entendendo que a clausula-ouro constitue um entrave à sua politica monetaria, seja de tal modo desprovida de fundamento que a prohibição dessa clausula deva ser reputada sem qualquer relação plausivel com a politica monetaria por elle adoptada?

"A resposta negativa impõe-se, dê-se à clausula-ouro esta ou aquella interpretação.

> Considerada como estipulação de um pagamento material em ouro, ella é evidentemente inconciliavel com as medidas tendentes a subtrahir o ouro às transacções dos particulares.
>
> E si considerarmos a clausula-ouro como " clausula valor-ouro", quer dizer, *como destinada a estabelecer uma medida ou um estalão de valor, no caso em que não se possa obter moeda de ouro, a Côrte entende ainda que as convenções são contrarias à politica do Congresso, e consequentemente, susceptiveis de serem prohibidas",*

concluindo:

> "A pretensão de que as clausulas-ouro são convenções validas, e não podem ser annulladas, suppõe implicitamente, admittindo-a, a ideia de que as pessoas privadas, os Estados federados e as municipalidades poderiam contractar limitando essa autoridade, obtendo sua execução forçada.
>
> Afastando esse postulado insustentavel, é preciso encarar os factos na sua realidade.
>
> Nós consideramos claramente provado que essas clausulas entravam o emprego dos poderes reconhecidos ao Congresso, e que não ficou provado que este, decidindo que as referidas clausulas constituem tal entrave, tenha agido arbitrariamente ou por capricho". (V. *Annales de Droit Commercial et Industriel,* 1935, p. 29 e segs).

Desnecessario seria salientar a excepcional importancia de taes decisões, mantidas com firmeza pela Suprema Côrte americana em outros casos submettidos ao seu pronunciamento, e não foi sem razão que DAWSON, commentando-as, poude dizer que ellas já tomaram o seu lugar entre os grandes marcos da historia constitucional americana, tendo offerecido resposta parcial a algumas das questões basicas do direito constitucional, e que suas consequencias, quer para o direito publico, quer para o direito privado, são ainda de maior magnitude, sómente podendo ser perfeitamente comprehendidas daqui a muitos annos:

> "The gold clause decisions of february 18, 1935 have already taken their place among the great landmarks of American constitutional history. They have given a partial answer to some basic questions of constitutional law. Directly they have disposed of claims amounting to a total of many billions of dollars. But their further implications, both for public and private law, are of even greater magnitude; it may be many years before these wider implications are more fully understood",
>
> (*Michigan Law Review*, vol. 33, p. 647).

33 — Nestas condições, negar effeito retroactivo ao decreto n.º 23.501, edictado, entre nós, sob a pressão das mesmas necessidades economicas e financeiras, seria não sómente desobedecer-lhe as finalidades, destruir-lhe os effeitos, desprezar contingencias economicas que são as proprias condições de vida e desenvolvimento da collectividade, repudiar principios que consubstanciam as mais elevadas considerações de justiça individual e social.

E não sómente isso, mas, finalmente, entravar e destruir a propria orientação economico-financeira do actual Governo, inaugurada com o decreto 23.501, acarretando até a impossibilidade de applicarem-se dispostivos constitucionaes vigentes, como os relativos à revisão de tarifas de serviços publicos concedidos.

34 — E nesse sentido não têm faltado, entre nós, opiniões das mais autorizadas.

Solicitado, por exemplo, a opinar sobre projecto de lei que regulasse, no Districto Federal, *a nova situação creada às Companhias que exploram os serviços de telephone e energia electrica, em virtude do decreto que aboliu a clausula-ouro nos pagamentos internos*, fêl-o o ministro FRANCISCO DE CAMPOS, a esse tempo Consultor Geral da Republica, *admittindo, desde logo, como ponto incontroverso, a applicação da referida lei aos contractos em vigor*, como se pode ver do seu magnifico parecer, publicado na Revista Forense, vol. 62, pags. 227 e 236, e posteriormente nos "Pareceres", vol. I, pag. 185 e segs.

Estudando o assumpto, diz, por sua vez, THEMISTOCLES CAVALCANTI:

> "O decreto 23.501 obedeceu a fundamentos da mais alta relevancia, que por si só justificam a medida tomada pelo Governo Provisorio.

Já anteriormente, o Ministro Oswaldo Aranha apresentara ao Chefe do Governo Provisorio considerações do mais alto interesse, justificando a approvação do projecto e modificações naquelle outro projecto que, com caracter mais restricto, apresentara o Ministro da Viação José Americo de Almeida, propondo a eliminação do pagamento em ouro dos serviços industriaes prestados ao paiz.

A orientação seguida pelo Governo Provisorio foi, sem duvida, das mais acertadas. Não se poderia dar, effectivamente, a revisão dos contractos no sentido de tornar sem effeito a clausula-ouro nelles estipulada, sem uma prévia decretação do curso forçado do papel moeda, e a consequente prohibição de pagamentos em moeda ouro, qualquer que fosse a natureza desses contractos.

E' que a prohibição, para ser tida como de ordem publica, deve attingir não aos contractos ou às estipulações em ouro nelles introduzidas, mas ao proprio regimen monetario vigente no paiz.

Si alguma duvida pudesse ser levantada contra a revisão das clausulas contractuaes, esta desappareceria diante da generalidade e impessoalidade da medida legal que, por isso mesmo que geral e impessoal, lhe dá maior cunho de legitimidade, de moralidade e de justiça".

E insistindo sobre o caracter retroactivo do decreto 23.501, continúa:

"Precisamente por ser de caracter geral e impessoal, é legitima a modificação do regimen legal da moeda e a *sua applicação sobre todas as situações juridicas em curso.*

Neste particular, e comprehendendo-se o principio da retroactividade como o da efficacia da lei nova sobre os contractos já existentes, *pode-se affirmar, de accôrdo com os principios do direito vigente, que o decreto federal n.º 23.501 tem effeito retroactivo.*

"Trata-se de um estatuto legal, segundo a velha theoria de HAURIOU, sustentada com uma grande copia de argumentos pelo tratadista que modernamente melhor estudou a questão dos conflictos de lei no tempo".

E depois de citar ROUBIER, cuja opinião já mencionámos, continúa:

> "A retroactividade e a legitimidade da applicação da nova lei aos contractos em curso já foi admittida pela nossa jurisprudencia, não só nos julgados relativos à chamada Lei da Usura, como ainda nas applicações do decreto 23.501.
>
> Citaremos, entre outros, o Accordão da Côrte de Appellação de São Paulo, de 4 de setembro de 1935, que mandou applicar com effeito retroactivo o alludido decreto, embora com fundamentos mais restrictos, admittindo a legitimidade da abolição da clausula-ouro nos contractos em curso, apenas por ter o decreto 23.501 emanado do Governo Provisorio, que não estava obrigado a respeitar os direitos adquiridos.
>
> "Pelos motivos acima expostos, acceitamos apenas a conclusão do accordão do Tribunal de São Paulo, porque não vemos como possa haver direito adquirido contra a ordem publica, e como se possa admittir a validade de pagamento em uma moeda e por um valor desconhecidos pela nossa lei".

No mesmo sentido BENTO DE FARIA, actual Presidente do Supremo Tribunal Federal, (V. *Applicação e Retroactividade das Leis,* pags. 110 e segs).

Quanto à jurisprudencia dos nossos tribuanes, accordams ha pró e contra a applicação retroactiva do decreto n.º 23.501, uns e outros, aliás, em numero bastante reduzido, e fracamente motivados, tudo fazendo prevêr que se firmará, afinal, no sentido de dar-lhe tal applicação, de accôrdo com os principios acima expostos. (Vide: Critica Judiciaria, vol. 24/312; Archivo Judiciario, 31/251, 38/120; Revista dos Tribunaes, 9,.|asr771234789078906 31/251, 38/120; Revista dos Tribunaes, 97/452, 98/487, 100/116).

De facto, o proprio Governo Federal, logo após a publicação do decreto 23.501, baixou o de n.º 23.703, de 5 de janeiro de 1934, estabelecendo disposições transitorias e um criterio considerado justo para composição das novas tarifas da "Societé du Gas", pela média geral das importancias pagas desde a vigencia do contracto de 1909 até o da decretação de sua nullidade, *applicando portanto, retroactivamente, o decreto* 23.501.

Aliás, já anteriormente o mesmo Governo Federal, dando inicio à nova politica monetaria do paiz, supprimira varios pagamentos em ouro, como a percepção do mil réis-ouro nas repartições publicas, considerando este, para todos os effeitos, como se fosse mil réis papel de curso legal (decreto federal 23.480, de 21 de novembro de 1933); o antigo mil réis ouro das repartições arrecadadoras (decreto 23.481, de 24 de novembro do mesmo anno); a taxa de 15 "shillings", arrecadada pelo Departamento Nacional do Café, substituida pela taxa fixa de rs. 45$000 em moeda nacional.

Tambem em São Paulo, logo após a promulgação do decreto 23.501, por entendimento entre as companhias concessionarias dos serviços de fornecimento de gaz e de energia electrica, ficou estabelecido um regimen provisorio de tarifas, suspendendo-se a cobrança destas de accôrdo com as taxas cambiaes, não obstante protesto das referidas empresas.

Esses accôrdos foram renovados pelo prazo de doze mezes, por actos do Governo do Estado, respectivamente de 29 de dezembro de 1934, 28 de dezembro de 1935 e 21 de dezembro de 1937, "atendendo a que o estabelecimento de bases definitivas para a cobrança das tarifas de fornecimento de luz e eneregia electrica, de gaz para illuminação e outros mistéres, e de agua, no Estado, depende de revisão dos actuaes contractos para exploração dos serviços respectivos", e a que "a eliminação da "clausula ouro" dos contractos de fornecimento de electricidade, gaz e agua aos municipios alterou as respectivas tarifas", etc.

Como se vê, o ponto de vista da Administração publica tem sido, invariavelmente, o da absoluta retroactividade do decreto n.º 23.501, de accôrdo, aliás, com todos os seus precedentes, com as suas expressas disposições e com os melhores principios juridicos, definitivamente consagrados pela doutrina e pela jurisprudencia de quasi todos os paizes.

35 — Nestas condições, e à vista dos argumentos expostos, *concluimos pela absoluta impossibilidade de representar-se em dollares o capital da Companhia, pela nullidade de todas as clausulas contractuaes que subordinem o pagamento das tarifas ao curso do cambio e, consequentemente, pela impossibilidade de calcularem-se as porcentagens dos lucros liquidos, obtidos pela Companhia, em funcção do valor actual do dollar e do capital-dollares, á epoca do respectivo calculo, e, como consequencia, inacceitaveis, para effeito de concluir-se pela pretensa exiguidade dos lucros da Companhia, as porcentagens constantes da tomada de contas de* 1935.

A AVALIAÇÃO DO CAPITAL DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS PUBLICOS, PARA EFFEITO DA FIXAÇÃO DE TARIFAS — A PRETENSÃO DA COMPANHIA DE, PARA TAL EFFEITO, CONVERTER SEU CAPITAL A MOEDA BRASILEIRA PELO CAMBIO ACTUAL

3f — Já tivémos opportunidade de verificar (v. item n.º 8 supra) que as actuaes tarifas telephonicas foram calculadas tomando-se por base o capital-dollares de $5.746.154,00, convertido a moeda *brasileira ao cambio de 9$000 o dollar*, taxa vigente à epoca do referido calculo. (v. Annaes de 1925, p. 298).

Significa isso que a Camara adoptou, ao elaborar o projecto que afinal se convertou na lei n.º 2.965, de 1926, o criterio do *custo de reproducção*, na avaliação do capital da Companhia para o effeito do calculo das tarifas que deveriam vigorar até abril de 1930, solução, aliás, que a Companhia, já em outubro de 1922, defendera com vehemencia e larga argumentação, em resposta ao laudo do Dr. RODOLPHO SÃO THIAGO, e em memorial dirigido aos arbitros Drs. RAMOS DE AZEVEDO, PAULA SOUZA e RODOLPHO SÃO THIAGO.

Dizia, então, a concessionaria:

> "Ao determinar o valor do capital sobre o qual tem a Companhia direito a uma justa remuneração pelo serviço telephonico prestado, rejeita o Arbitro todos os elementos que não se referem ao custo inicial da propriedade conforme consta da escripta da Companhia, e sustenta que a taxa de remuneração deve ser applicada a este custo expresso pelo *numero* de mil réis que figuram nas *despesas iniciaes*. O resultado de um tal processo, tendo em vista a grande baixa no poder acquisitivo do mil reis brasileiro, é principalmente a reducção no valor sobre o qual a Companhia tem direito a uma remuneração.
>
> Vê-se, pois, que o arbitro faz supportar aos accionistas da Companhia Telephonica todas as consequencias desfavoraveis determinadas pela quéda do cambio brasileiro. A Companhia bate-se *para que lhe seja reconhecido o direito a uma remuneração razoavel sobre o valor real da propriedade dedicada ao serviço telephonico, valor este que deve ser determinado na época em que é feita a investigação, e expresso na moeda*

correspondente à época em que ella tem de se abastecer, de pagar salarios, e de cobrar taxas pelo serviço".

E sustentava que o seu capital-dollares merecia remuneração *não de accôrdo com os cambios vigentes às épocas das respectivas inversões,* criterio segundo o qual não passaria de rs. 17.549:930$000, de accôrdo com sua propria escripturação, *mas tendo-se em consideração a taxa cambial actual, o custo de reproducção, em ultima analyse, do capital-dollares, isto é, rs. 52.215:610$000 em nossa moeda:*

> "O *custo de reproducção* de toda a propriedade telephonica acima estabelecido inclue todas as demais parcellas que não figuram no custo escripturado, e perfaz, como vimos, um total de $6.651.670 ou, em moeda brasileira, ao *cambio actual,* 52.215:610$000. O custo de reproducção somente da parte da propriedade physica que figura na escripta da Companhia, é de $4.893.541 ou, ao cambio actual, 38.414:276$000. A enorme differença entre este valor e o de 17.549:930$000, constante da escripta, tem a sua explicação na grande baixa soffrida pelo cambio brasileiro.
>
> Si o arbitro considerasse que o verdadeiro empate de capital foi feito, no caso vertente em *dollars* e não em *mil réis,* seria indifferente a consideração do custo primitivo da installação ou do custo de reproducção como base para o calculo da remuneração a que tem direito a Companhia.
>
> Para que o arbitro tivesse diante de si elementos sufficientes para o estudo deste assumpto, o relatorio Hagenah apresentou em dollars o *custo primitivo* da propriedade e o seu *valor actual* e observou que, levando em conta a concordancia pratica desses *dois resultados,* era indifferente, no caso, acceitar um ou outro como base. O Arbitro, porém, não adopta nem um nem o outro, e sim considera o empate de capital, como representado pelo numero de mil réis que transitoriamente figuram ao se empregar o capital em dollars na obtenção de material e não de obra para a construcção da propriedade physica.
>
> Nós sustentamos que o empate se deu em dollars e que portanto o seu valor nunca soffreu diminuição.

> Do relatorio Hagenah se vê claramente que a avaliação não foi feita para augmentar o valor do capital empatado pela Companhia. Isto se vê a cada passo no correr do relatorio. A avaliação foi feita para o fim especial de mostrar que o primitivo e real empate de capital, feito em dollars, não baixou de valor na época actual.
>
> A Companhia não pediu uma remuneração sobre 52.215:610$000, *custo de reproducção actual da propriedade expresso em milreis.* Ella simplesmente pede uma remuneração sobre o seu legitimo e invariavel capital *em dollars* e protesta energicamente contra qualquer sacrificio que se pretenda impôr a este capital, sem attender aos argumentos expostos".

Mas não é exacto, como já vimos, que o empate de capital da Companhia tenha-se dado em dollares, ou pelo menos exclusivamente em dollares, como se affirma no trecho supra transcripto, e em segundo logar não é de crêr-se que a concessionaria defendesse com tamanha vehemencia seu capital-dollares frente à legislação actual e às novas directrizes que, a começar pela Constituição Federal, vêm as leis posteriores a 1930 traçando ao regimen dos serviços publicos concedidos.

Todavia, ainda que se pudesse admittir esse capital-dollares, *seria de repellir-se o criterio do custo de reproducção,* cuja applicação a Companhia pleiteia com o intuito mui explicavel de augmentar esse capital, por effeito das oscillações das taxas cambiaes, geralmente desfavoraveis à nossa moeda, muito embora tivesse sido esse criterio adoptado pela Camara, que calculou as tarifas actuaes convertendo o capital da concessionaria ao cambio vigente ao elaborar-se a lei 2.965.

Como bem adverte o dr. PLINIO BRANCO a fls. 6,

> "*a avaliação do capital da Companhia, para fins tarifarios, pelo cambio do dia, consulta unicamente os interesses dos accionistas e despresa inteiramente o interesse dos assignantes;* é tão injusta para uns quanto seria injusta para outros, avaliar o capital convertendo-o em moeda brasileira na base do menor valor do dollar observado desde a origem do contracto.
>
> Si é justo o criterio do *custo historico* na apreciação do capital de uma empresa, esse custo seria obtido, nas actuaes circumstancias, fazendo-se a conversão das

parcellas invertidas no serviço ao cambio médio do anno respectivo, *e não na base do mais alto valor do dollar observado desde a origem do contracto*".

37 — De facto, a pretensão da Companhia, como ella propria o reconhece, equivale à adopção do criterio do *custo de reproducção* na avaliação do seu capital, *e esse criterio é hoje vigorosamente repellido pela doutrina e pela legislação, como passamos a demonstrar.*

38 — Se uma das principaes finalidades da regulamentação dos serviços publicos concedidos é a fixação de *tarifas razoaveis*, e se a remuneração do capital presuppõe a determinação prévia deste, facil será calcular a importancia de que se reveste a *avaliação do capital* das empresas, para fins tarifarios.

Dahi o affirmar ALFREDO VALLADÃO, que *ponto culminante, em materia de regulamentação, é o que diz respeito à determinação do justo valor das installações, para a retribuição.*

Discute-se especialmente se, na avaliação do capital das empresas, deve ser seguido o criterio do *custo historico*, isto é, do capital realmente investido, do custo original das installações, o dinheiro de facto empregado nestas, ou o do *custo de reproducção* ou de *substituição*, que seria o montante de dinheiro necessario, na actualidade, para reproduzil-o, menos a depreciação, ou em outras palavras, o capital avaliado segundo os indices actuaes de preços.

Uma companhia cujo capital, realmente empregado, fosse, supponhamos, de 10.000:000$000 de réis, deveria, segundo o criterio do custo de reproducção, caso o seu capital fosse avaliado dahi a alguns annos em 20.000:000$000, por effeito de valorização, ou de depreciação do valor da moeda, obter tarifas calculadas não sobre os 10.000:000$000 originariamente empregados, mas sobre os 20.000:000$000, importancia do custo actual, ou de reproducção, e os usuarios viriam a remunerar não sómente o capital original e effectivo, mas um outro capital, representado pelo augmento de 10.000:000$000, que de facto não foram empregados no serviço.

Ao criterio do *custo historico*, chamam tambem os norte-americanos de "investment cost", "original cost", ou "prudent investment", "actual cost" (custo effectivo, real), e ao do *custo de reproducção* "reproduction cost".

39 — Os debates travados nos Estados Unidos, quer entre os varios autores que têm versado o assumpto, quer no seio das Commissões e dos tribunaes, têm sido dos mais renhidos, e constituem talvez a mais extensa litteratura em materia de serviços de utilidade publica.

Desde o celebre caso Smith x Ames, decidido em 1898, fixou a Suprema Côrte a regra de que as tarifas devem ser taes que permittam um "*fair return on a fair value of the property*", isto é, uma *retribuição justa sobre o justo valor da propriedade.*

Para a quasi unanimidade dos autores, jurisconsultos e economistas, e para as Commissões de Serviços Publicos, *o justo valor é representado pelo custo historico,* isto é, *pelo capital de facto empregado no serviço,* ao passo que as emprezas, procurando beneficiar-se da alta dos preços, pretendem que o valor de suas propriedades, para effeito de fixação das tarifas, seja o *custo de reproducção,* ou valor actual das mesmas, menos a depreciação.

40 — No mencionado caso *Smith x Ames,* depois de decidir caber ao concessionario uma *justa retribuição sobre o justo valor da propriedade,* estabeleceu a Suprema Côrte norte-americana que, ao determinar-se este valor, *dever-se-ia tomar em consideração o custo original de construcção, a quantia dispendida em melhoramentos, a importancia total e o valor commercial de suas acções e obrigações, o custo presente de construcção comparado com o original* etc. (the original cost of construction, the amount expended in improvement, the amount and market value of its bonds and stock, *the present as compared with the original cost of construction...*).

Como bem observa BAUER, enfrentando um problema economico e financeiro excessivamente complicado, e sem os meios necessarios para resolvel-o, uma vez que o assumpto pertence, antes de tudo, ao dominio legislativo, limitou-se a Côrte Suprema a enumerar uma série de factores de ordem geral, sem, comtudo, definir claramente nenhum delles, e de forma a não estabelecer embaraços irremoviveis à desejavel legislação futura sobre fixação positiva de tarifas.

E, analysando mais detidamente a opposição entre o custo historico e o custo de reproducção, nesse mesmo julgado, observa ainda BAUER que tal opposição, criada pelos acontecimentos da ultima decada, revestia-se de mui pouca significação ao tempo da decisão Smith x Ames, e que a Suprema Côrte não tivera, áquelle tempo, intenção de exprimir a exacta distincção economica que veio a constituir a questão primordial em materia de fixação de tarifas. (loc. cit., pags. 67 e segs.).

No caso Smith x Ames tratava-se de tarifas de estradas de ferro, e a contabilidade relativa à construcção destas era, àquelle tempo, notoriamente pouco merecedora de confiança, apresentando custos originaes muitas vezes excessivos, como resultado da sua

má administração, extravagancia ou corrupção. Em face desta situação, conclue BAUER que *o custo de reproducção teria sido lembrado pela Suprema Côrte como um meio de controle da razoabilidade do custo original* (would be a check upon the reasonebleness of the actual cost).

E de facto, segundo relata PRENDERGAST, foram os proprios representantes das estradas de ferro que, naquella occasião, pleitearam a adopção do custo original como base de avaliação, ao passo que o grupo então conhecido por "liberal element", chefiado pelo "honorable" William Jennings BRYAN, sustentava vigorosamente que a base da avaliação devia ser o custo de reproducção.

E' que o custo dos materiaes baixara consideravelmente depois da construcção das estradas, e o interesse das empresas estava justamente em conseguir tarifas calculadas sobre o maior custo — que era precisamente, no caso, o custo original.

Desde porém que, pouco depois, começou a ascenção dos preços, deu-se uma reviravolta, uma verdadeira troca de posições entre as empresas e os defensores dos interesses publicos, passando os primeiros a defender o custo de reproducção, já então muito maior que o custo historico, e os segundos a pugnar pelo "prudent investment", ou custo original. (*Public Utilities and the People*, p. 104).

Acompanhando e analysando as decisões da Suprema Côrte Americana, a partir do caso Smith x Ames, (First Consolidated Gas Case, 1909; Galveston Case, 1922; Second Consolidated Gas Case, 1922; Southwestern Bell Case, 1923; Bluefield Water Case, 1923, Atlanta Case, 1924) chega BAUER à conclusão de que, se por um lado é certo que, da linguagem dos votos da maioria da Côrte, podem-se deduzir argumentos que pendem fortemente para o custo de reproducção, ou pelo menos dão a este factor um peso substancial, não menos certo é que outros textos dos mesmos fornecem fortes sustentaculos à theoria do custo original, muito embora se possa certamente admittir que, em geral, a linguagem dos votos da maioria favoreça a conclusão de que alguma preponderancia deve ser dada ao custo de repoducção, posto que isto apenas por inferencia, não por affirmação explicita, *sendo porém de notar que a Côrte não declarou jámais confiscatorias tarifas que produzam renda de 6% a 7% sobre o custo original liquido* (loc. cit., pags. 100 e 101).

E conclue que o exame das decisões da Suprema Côrte autoriza a affirmativa de que ella não annulla as tarifas fixadas pelas autoridades publicas *senão quando as mesmas sejam inquestionavelmente injustas, em relação aos capitalistas* (investors) *e representem manifesta confiscação. E a base ultima, para determinal-o, não é o custo de reproducção, calculado sobre um nivel mais alto de preços, mas o custo original liquido das propriedades*:

> "a fair conclusion, viewing the Court's decisions in contradistincion to dicta, is that it will not interfere with rates fixed by public authorities unless they are clearly and unquestionably unfair to the investors and produce manifest confiscation. *And the ultimate basis for determining this fact is not reproduction cost on o higher price legel, but the actual net investment in the properties*".

O livro de BAUER foi escripto em 1925, mas depois disso adoptou a Suprema Côrte o custo historico, nos casos "Limited Fuel Gas Co. v. Railroad Commission", em 1929, e "United Fuel Gas Co. v. Public Service Commission", tambem de 1929, *em que a Côrte approvou o uso do custo original e da escripta como criterio satisfactorio para base de um decreto recusando augmento de tarifas* (v. VALLADÃO, loc. cit., p. 39).

Fóra de duvida, entretanto, é que *a fixação de um criterio legal definitivo, para base das avaliações, é da competencia das legislaturas*, e BAUER termina o estudo do assumpto formulando votos para que se estabeleçam taes principios, pondo fim ao cháos existente, e collocando sobre bases estaveis a regulamentação dos serviços de utilidade publica.

41 — Se do exame da jurisprudencia passarmos ao da doutrina, verificaremos que a quasi unanimidade dos autores norte-americanos — em sua maioria professores universitarios e economistas — defende e sustenta a absoluta legitimidade do *custo historico* como base da avaliação, para o effeito de fixação de tarifas.

E entre elles apparecerão nomes da estatura e da autoridade de JOHN BAUER, MARTIN GLAESER, WILLIAM MOSHER, ELIOT JONES, FINLA CRAWFORD, TRUMAN C. BIGHAM, JAMES BONBRIGHT, FELIX FRANKFURTER, IRVIN ROOKS, HARRY BOOTH, J. R. ALLISON, EDWIN GODDARD, JOHN CLARK, etc.

Ouçamos, por exemplo, a este respeito, a opinião de BAUER:

> "O inexoravel defeito do custo de reproducção, como base geral para determinação de tarifas, consiste em que o mesmo varia com a mudança do nivel dos preços, ou mesmo com as fluctuações dos preços dos elementos constitutivos das propriedades. Constitue elle uma somma inconstante, insusceptivel de controle contabilistico, e que necessita ser redeterminado a cada variação de preços, afim de prover-se à retribuição a que têm direito os que collocam capitaes nas empresas (investors). Adoptado que fosse o custo de reproducção como base geral de tarifas, para o futuro, luctariamos constantemente com as repetidas avaliações, e, como no passado, teriamos extremas difficuldades e incommodos durante um periodo de alta de preços e augmento de custos, para ajustar as tarifas para cima, e durante a baixa de preços para reajustal-as para baixo. A cada momento surgiriam os interesses divergentes dos capitalistas e dos consumidores. Para tomar-se uma decisão, seriam necessarios longas audiencias, e o seu processo poderia embaraçar a machina da regulamentação, com prejuizo tanto para o publico como para as empresas" (loc. cit, p. 107).

E aos que, como PRENDERGAST, allegam que obtêm seus lucros sobre o valor presente da propriedade, não sobre o custo original, (*I get my return on the present value of the property, not on the original cost*), responde GLAESER, tambem autoridade incontestavel no assumpto, que

> "o valor capitalizado de uma renda, no regimen da livre concorrencia, *tende* a corresponder ao custo da substituição da propriedade physica que produz a renda. Isto, porém, *só é verdade se a nova propriedade, adquirida pelos preços correntes, é livre de competir com a velha propriedade.* A relação entre a renda e o valor da propriedade que a produz é sempre primaria e determinante, ao passo que a relação entre o custo da reproducção de propriedade e seu valor é secundaria, ficando sujeita às condições de concurrencia. *Eliminada a concurrencia, desapparece a affinidade entre o custo de reproducção e o valor... Nenhuma concepção*

> *do custo de reproducção pode servir de base à avaliação, tratando-se de empreza em favor da qual exista monopolio, e que preste o serviço sob regulamentação.*" (loc. cit., pags. 470 e 479).

Depois de apontar os varios inconvenientes do custo de reproducção — variabilidade de avaliações, em consequencia da fluctuação dos preços, injustiça de sua applicação em se tratando de propriedade immobiliaria, cujos preços augmentam sempre, o que resultaria em augmento constante dos lucros das emprezas, avaliações inexactas, sem possibilidade de controle pelos juizes e membros das commissões, principalmente em se tratando dos chamados "valores intangiveis" e das "overhead charges" (despesas com organisação das companhias, contractos, relatorios, investigações, preparação de planos, supervisão das construcções e da administração em geral, encargos de juros, premios de seguros durante o periodo da construcção, etc), concluem JONES & BIGHAM que

> "O custo de reproducção deixa de ser satisfactorio, a muitos respeitos, como base de avaliação. Sua irrealidade foi bem posta em relevo por um escriptor que, referindo-se a elle, com relação às estradas de ferro, disse: "*A theoria do custo de reproducção contempla uma communidade imaginaria, na qual uma empresa imaginaria faz avaliações imaginarias de uma estrada de ferro imaginaria...*" O mal do custo de reproducção, tomado como criterio basico, consiste em que elle necessariamente depende de "conjecturas", "presumpção", "imaginação", "estimativa", "opinião de peritos". Dizia a Commissão de Serviços Publicos de Michigan, no caso Michigan State v. Telephone Co., 1920: "Este methodo de determinar o valor (custo de reproducção menos depreciação) geralmente inclue porcentagens de serviços de engenharia jámais prestados, efficiencia hypothetica, trabalho desconhecido, depreciação conjectural, méras opiniões quanto às condições da propriedade, supposição quanto à acção de certos elementos, e sua correcção naturalmente depende de uma superintendencia sábia ou descontrolada, e dos investimentos imprevidentes ou frugaes. Baseia-se na prophecia, ao envez de basear-se na realidade, e depende tanto de meias-verdades que apenas remota-

mente se parece com os factos, e na melhor das hypotheses, eleva-se ao plano de uma adivinhação dignificada."

E accrescentam os eminentes professores das Universidades de Stanford e da Florida:

"Um tal criterio offerece esplendida opportunidade aos "criadores de valor" (magnifiers of value), empregados pelas empresas a excellentes salarios, como engenheiros, contadores e conselheiros, e do mesmo modo aos peritos empregados pelas municipalidades e outras entidades para "derrubarem" os "valores" apresentados pelas empresas. A Suprema Côrte de Wisconsin declarou que "testemunhas capazes vêm imbuidas taes preconceitos que difficilmente se pode dar valor ao que dizem". As largas discrepancias entre os custos de reproducção, segundo as estimativas das partes litigantes, não são inteiramente devidas à ansia dos peritos, de satisfazerem seus clientes. Peritos desinteressados discordam uns dos outros; as commissões discordam dos peritos, e não raro os tribunaes discordam das commissões. *O fracasso em chegar-se a um accôrdo não deve occasionar surpresa: o mal está na propria theoria.*

A nossa conclusão é a de que o custo original (unimpared investment, or prudent investment) *é a base mais satisfactoria de avaliação*".

Principles of Public Utilities, 1937, pags. 238 e segs.).

Do mesmo modo IRVIN ROOKS e HARRY R. BOOTH, em trabalho apresentado à assembléa annual da "Association of American Law Schools", realizada em Chicago, em fins de 1933, condemnam acerbamente o criterio do custo de reproducção, accrescentando:

"Somos sem duvida felizes em poder contar com os beneficios da experiencia actual, pelo menos de dois Estados, a respeito do custo historico. Tanto a Commissão de Massachussets, como a da California, não obstante a carencia de apoio judicial, tiveram a coragem de seguir o principio através muitos annos de regu-

lamentação. Mais que nenhum outro Estado, Massachussets poude evitar recursos dos tribunaes, emquanto que as decisões da Commissão de California, a respeito de tarifas, foram mantidas, com poucas excepções, tanto nos tribunaes estaduaes como nos federaes. Depois de determinado o custo original por um auditor cuidadoso, o justo valor, sobre esta base, será promptamente estabelecido a qualquer tempo, sem as demoras communs em inventarios e avaliações. Os livros das empresas devem constituir o reflexo do custo effectivo, ao tempo da installação da propriedade, onde quer que este custo possa ser determinado. Todas as majorações, resultantes de transferencias entre companhias, devem ser eliminadas. O valor basico, uma vez assim estabelecido, não fluctuará de anno para anno, com as variações do nivel dos preços. *O custo historico faz justiça ao consumidor e ao capitalista, ao evitar ao primeiro o pagamento de tarifas baseadas em valores de inflacção, e aos segundos alliviando os riscos de uma menor segurança, em virtude das variações dos preços.*".

E concluem que *se a regulamentação deve ser fortalecida, e restaurada a confiança do publico, é preciso afastar desde logo o custo de reproducção, como elemento preponderante na determinação do justo valor, substituindo-o pelo custo historico*, de accôrdo com inversões honestas e prudentes de capital, sendo de desejar disposições legislativas nesse sentido (*Oregon Law Review*, vol. XIII, fevereiro de 1934).

Iriamos longe na transcripção de autores nesse mesmo sentido, o que não é todavia possivel, dada a extensão que vae tomando este trabalho. Limitar-nos-emos, portanto, a indicar, entr outros: DORAU, *Materials fo the Study of Public Utilities Economics*, pags. 532 e segs; *NASH, The Economics of Public Utilities*, pa. 192 e segs; FRANKFURTER & HART, verb. "*Rate Regulation*", in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, de Seligman, vol. 13, p. 104 e segs; JAMES BONBRIGHT, verb. *Valuation*, Ibid, vol. 15, p. 212 e segs; EDWIN GODDARD, "*The Evolution and Devolution of Public Utility Law*", in *Michigan Law Review*, vol XXXII, p. 577 e sgs.

42 — Do mesmo sentir são, em sua generalidade, os autores brasileiros que têm versado a materia.

Já o prof. ALFREDO VALLADÃO, na sua excellente Exposição de Motivos ao Ante-Projecto do Codigo de Aguas, declarava-se abertamente contrario ao criterio do custo de reproducção, e depois de citar as lições de BAUER, GLAESER e outros, concluia:

> "E pelo systema da avaliação pelo "custo historico", já ficou dito, se manifesta a commissão de maior autoridade nos Estados Unidos, a "Interstate Commerce Commission", se manifestam escriptores especialistas no assumpto, dos de maior autoridade, como BAUER, o de maior autoridade, e GLAESER; e sustentam-n'a, na Suprema Côrte, juizes do alto saber de STONE, BRANDEIS e HOLMES.
>
> *E', dest'arte, o systema que se impõe, esse do custo historico, como a base da avaliação"* (loc. cit., p. 4).

Por sua vez o Ministro FRANCISCO CAMPOS, em pareceres ainda mais recentes, teve opportunidade de manifestar-se favoravelmente ao custo historico.

No já citado parecer sobre a abolição da clausula-ouro e seus effeitos sobre as tarifas dos contractos em vigor, depois de referir-se à divergencia de criterios de avaliação, os quaes levam, às vezes, a resultados absurdos, e comparando o criterio do custo historico com o do custo actual de reproducção, declarava:

> "Supponhamos uma companhia com o capital de vinte mil contos, consistente em dez mil titulos de 6% e de mil em acções, adoptado, como rasoavel, o dividendo de 8% para a parte do capital em acções. Figuremos porém que, dada uma elevação nos preços geraes das utilidades, o custo de reproducção venha a ser 50% maior de que o custo original de producção. Os accionistas passariam, deste modo, a receber um dividendo de 8%, não mais sobre os dez mil contos, que realmente inverteram no negocio, mas sobre dez mil mais dez mil dez mil, *estes ultimos puramente imaginarios e que effectivamente não foram invertidos no serviço."*

Em excellentes trabalhos, publicados no livro "Problemas de Urbanismo" e no "Boletim do Instituto de Engenharia", defende o prof. ANHAIA MELLO o mesmo ponto de vista, com abundancia de argumentos (V. *Boletim* citado, vols. XII, p. 183; XIX, 283 e XX, p. 3).

Tambem PONTES DE MIRANDA, em commentario ao art. 137 da Constituição Federal de 1934, que determinava a revisão das tarifas dos serviços concedidos, para que, no interesse collectivo, os lucros dos concessionarios não excedessem da *justa retribuição do capital*, (dispositivo mantido pela Constituição vigente, art. 147), adverte que "*o capital invertido nas installações é o que se leva em conta como capital*" (Comentarios, vol. II, p. 372).

E finalmente THEMISTOCLES CAVALCANTI, depois de examinar detidamente a questão, declara que se o argumento tirado da oscillação do valor da moeda, usualmente invocado em favor do custo de reproducção, pode ser admittido no sentido estrictamente commercial, *repugna comtudo applical-o com relação aos serviços dos utilidade publica, tornando-se mistér, aqui, indemnizar as emprezas do capital effectivamente dispendido, pelo que foi realmente gasto.* (*Instituições de Direito Administrativo*, 2.a ed., vol. II, p. 323).

43 — Irrecusavel, portanto, a conclusão de que o criterio do *custo historico* impõe-se, quer em face da propria natureza dos serviços publicos concedidos e dos principios juridicos applicaveis às concessões, quer tendo-se em vista as circumstancias de ordem economica que geralmente se verificam na exploração dos serviços de utilidade publica.

Com relação a estas, por exemplo, *é importantissimo notar que tal exploração não pode, de maneira alguma, ser assemelhada à exploração de uma industria privada, no regimen de livre concorrencia.*

Já vimos como GLAESER insiste neste ponto, (n.º 39 supra), e em outra passagem do seu livro, depois de observar que, do ponto de vista economico, é preciso distinguir entre capitaes investidos em serviços de utilidade publica, em mercados controlados e sujeitos a toda ordem de restricções legaes, e capitaes de emprezas que exploram industrias no regimen de livre concorrencia, isto é, em mercado aberto, e sujeito à competição, accrescenta que o capital productivo das primeiras é *determinante do preço* (price-determining) ao passo que o das segundas é *determinado pelos preços* (price dtermined), concluindo:

> "O capital, no primeiro caso, tem o seu valor determinado, nos mercados mundiaes, pela condição de que os competidores são livres, a qualquer tempo, de trazer novos capitaes, que vêm concorrer com o capital

> já existente em campo. Esse capital, evidentemente, terá que apparecer com um custo capaz de reflectir os preços presentes. Nestas condições, deve necessariamente haver alguma correspondencia entre o custo de construcção de novas installações e o valor capitalizado da capacidade remuneratoria liquida das installações antigas, porque ambos os typos de installações vendem os seus serviços em competição reciproca. *Entretanto, para os serviços de utilidade publica explorados no regimen de monopolio, o custo de reproducção é inteiramente inadmissivel.*"
> (loc. cit., p. 479).

Tambem o factor *risco* tem, do ponto de vista economico, importancia excepcional sobre a remuneração que deve ser attribuida ao capital. Dil-o o mesmo GLAESER, que estuda longamente a determinação do mesmo nas industrias privadas e nos serviços de utilidade publica, e como a sua ausencia influe sobre o "quantum" das tarifas (loc. cit., pags. 408 e segs).

E OSCAR POND, em seu excellente tratado sobre serviços publicos, insiste particularmente sobre a importancia do menor risco ou ausencia quasi absoluta delle, na fixação das tarifas, observando que o elemento *risco*, que acompanha um investimento necessario à manutenção e prestação de serviços por parte de uma empresa de utilidade publica, é apropriadamente considerado na determinação das suas porcentagens de lucros, sendo facto absolutamente reconhecido que a remuneração do capital augmenta ou diminue na razão directa do maior ou menor risco, e que os tribunaes têm reconhecido que nos serviços executados mediante monopolio é razoavel adoptar-se uma porcentagem menor de lucros, citando, a este respeito, a decisão da Suprema Côrte no caso Willcoz v. Consolidated Gas. Co.:

> "Tre less risk, the less right to any unusual returns upon the investments. One who invests his money in a business of a somewhat hazardous character is very properly held to have the right to a larger return, without legislative interference, than can be obtained from an investment in government bonds or other perfectly safe security".
>
> (Public Utilities, vol. II, §§ 68 e 74).

No mesmo sentido, ANHAIA MELLO, in "Boletim do Instituto de Engenharia", vols. XII, p. 207 e XX, pag. 9 e segs.

44 — Se, portanto, *já do ponto de vista economico é impossivel empregar, com relação ao capital e às tarifas de serviços publicos, argumentos de ordem estrictamente commercial*, applicaveis tão sómente às empresas privadas, no regimen de livre concorrencia e lucro incerto, *maior absurdo seria ainda desconhecer, do ponto de vista juridico, que o capital das empresas de serviços publicos está sujeito a um regimen juridico especial, tanto quanto as condições de organização, funccionamento e exploração dos mesmos serviços, e que esse regimen especial, tendo seus fundamentos no interesse publico, e na propria noção do serviço publico, caracteriza-se principalmente pelas restricções legaes a que sujeita os bens dos respectivos concessionarios, seja no tocante ao seu uso, seja no que respeita à sua remuneração.*

E' que, como nota POND, constitue regra de direito universalmente acceita a de que *quando a propriedade privada está devotada a um uso publico, fica sujeita à regulamentação e controle do Poder Publico*, como se decidiu, já em 1876, no famoso caso Munn x Illinois, o qual serviu de fundamento a todo o edificio da regulamentação das emprezas e serviços de utilidade publica, na União norte-americana.

De facto, nesse julgado, hoje celebre, decidiu a Suprema Côrte que

> *Uma propriedade se veste de interesse publico quando usada de forma a tornar-se de interesse publico e affectar a collectividade toda. Conseguintemente, quando uma pessôa destina a sua propriedade a um uso em que o publico tem interesse, ella associa o publico nesse uso, tem que se submetter ao controle do publico para o bem commum, proporcionalmente ao interesse criado".*

Dahi por diante, diz BAUER, o poder estava firmado, e lançadas as bases para a regulamentação, sendo que o principio, em si proprio, jámais foi posto de duvida.

Mais recentemente, no julgamento do caso Southwestern Bell Co., na Suprema Côrte, dizia o eminente juiz BRANDEIS:

> *"Quem inverte capitaes em serviços de utilidade publica admitte préviamente que suas exigencias para o publico serão razoaveis.*
>
> *Sua companhia substitue o Estado na prestação do serviço publico, transformando-se, assim, em servidora do publico",*

principio igualmente sustentado pela Suprema Côrte do Estado de Wisconsin, no caso "Warkesha Gas and Electric Co. vs. Railroad Commission", no qual se decidiu que

> "A propriedade de uma empresa de serviços publicos *não pode ser avaliada como o é outra propriedade, não destinada ao uso publico, sujeita às leis da concorrencia e, por isso mesmo, de uma categoria inteiramente diversa*".
>
> (The property of a public utility cannot be valued as is other property, not devoted to the public use, which is "subject to the laws of competition and therefore of an entirely different class"
>
> (*apud GLAESER*, loc. cit., p. 473).

conceito confirmado por CLARK, em seu excellente estudo sobre as restricções legaes ao direito de propriedade e, em geral, a todas as actividades economicas:

> "Sendo a propriedade, como vimos, antes um conjuncto de direitos e deveres, que uma coisa physica, *a propriedade de uma empresa de serviços publicos é de uma categoria differente da propriedade empregada n'uma industria puramente privada. Ella, de facto, abrange muito menos, e, portanto, as garantias constitucionaes que a protegem, não o fazem da mesma maneira, pois o direito do publico a uma certa regulamentação é explicitamente reservado, e qualifica os direitos do seu proprietario*".
>
> (*Social Control of Business*, p. 349).

Dahi a conclusão de que o capital das empresas de serviços publicos, por isso mesmo que disciplinado por *leis economicas especiaes* (monopolio, ausencia de riscos, etc.), e sujeito a um *estatuto juridico especial, não pode servir de instrumento de especulação, em detrimento dos legitimos interesses da collectividade*, valendo perfeitamente, para o caso, as magnificas palavras de ANHAIA MELLO:

> "Os serviços de utilidade publica, já o dissémos, envolvem uma extranha mistura de *volição* e *compulsão*. Ninguem é obrigado a se metter nelles, mas uma vez

que os emprehende, *com pleno conhecimento de causa*, é porque está no proposito de se conformar com as obrigações e restricções que lhe são peculiares.

"*Uma das restricções é esta: o lucro ha de ser o menor possivel, e apenas sufficiente para attrahir capitaes.*

E' portanto justa a aspiração do publico de procurar o menor preço; não o é absolutamente a do capitalista, si procurar o maior lucro.

Um *monopolio* e um *contracto*, nas mãos de uma empreza de utilidade publica, não são instrumentos legitimos para grandes lucros; os que assim procedem estão abusando de uma situação privilegiada que o proprio publico lhes concedeu, não para ser expoliado, mas para ser servido. "*Public Servants*", *servidores do publico*".

(*Boletim cit.*, vol. XII, p. 205).

doutrina expressamente sanccionada tambem pela Suprema Côrte da Republica Argentina, que decidiu:

"La absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas o de los servicios, *existe solamente cuando la propriedad o la actividad personal se hallan dedicadas a objecto puramente privado.* Cuando lo son a usos publicos, especialmente si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido por el Estado, como ocurre precisamente en el caso de que se trata en esta lites, *el proprietario o concessionario se encuentra sometido, por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado, a un contralor que comprende tambien el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargado de prestar.* Y ello se justifica, tanto por el hecho de la autorización acordada para ejercer funciones que en principio corresponden al Estado, o dependen de una concésion del mismo, cuanto porque importando el privilegio acordado un monopolio real o virtual, la absoluta libertad de con-

> tratar o de fijar los precios someteria al publico que no puede prescindir de tales servicios, a la opresión economica de los concessionarios".
>
> (apud BIELSA, Derecho Administrativo, vol. I, p. 342).

45 — Concluindo, na "Michigan Law Review", um magnifico estudo sobre o assumpto, e depois de acentuar que o grupo da "jurisprudencia sociologica" já parecia constituir maioria na Suprema Côrte, e que, no caso de alguma nova nomeação, a escolha caberia a um Presidente que certamente procuraria um juiz cuja mentalidade collocasse, *acima dos direitos de propriedade, os direitos humanos, e que considerasse o "Fourteenth Amendment" antes como um refugio e fortaleza dos direitos de vida e liberdade, que do direito de propriedade*, accrescentava EDWIN GODDARD:

> "As prophecias são sempre arriscadas para a reputação de propheta, mas podemos, com toda a segurança, concluir que estes dias de depressão apparecem-nos cheios de possibilidades de importantes desenvolvimentos das doutrinas que evoluiram nos dias passados, de guerra e de prosperidade".

Para nós, felizmente, essa evolução já pertence ao dominio dos factos consummados, pois já a Constituição de 1934, consubstanciando o pensamento philosophico que, desde os principios deste seculo, vem fixando o verdadeiro conceito do direito de propriedade, elevara-a à sua exacta categoria de *funcção social*, e a de 1937 expressamente estabelece que seu exercicio *"terá por limite o bem publico, as necessidades de defesa, do bem estar, da paz e da ordem collectiva, bem como as exigencias da segurança da Nação e do Estado, em nome della constituido e organisado na Constituição"*. (Constituição de 1937, art. 123).

Se assim é, para a propriedade puramente privada, que não se deverá dizer em relação à propriedade das empresas de serviços publicos?

E se ao lado desse dispositivo collocarmos o do art. 147 da mesma Constituição, segundo o qual "a lei regulará a fiscalisação e a revisão das tarifas dos serviços publicos explorados por concessão, *para que, no interesse collectivo, dellas retire o capital uma retribuição justa ou adequada*, attendidas convenientemente as exigencias de expansão e melhoramento dos serviços, *lei que se applicará mesmo às concessões feitas no regime ante-*

rior, de tarifas contractualmente estipuladas, para todo o tempo de duração do contracto, (dispositivo cit., in fine), ver-se-á que, no caso em apreço, não ha como admittir a pretensão da Companhia, de obter fixação de suas tarifas segundo *um criterio definitivamente condemnado como economicamente irracional e inseguro, juridicamente indefensavel, o que sómente pode aproveitar à especulação das empresas, em detrimento do interesse collectivo.*

Acceitar o custo de reproducção como criterio para avaliação do capital das empresas de serviços publicos seria, a nosso ver, contrariar não sómente a Constituição Federal como tambem as tendencias actuaes da legislação patria, *que se orienta decisivamente em favor do custo historico*, o qual assume, assim, a natureza de *criterio legal para a avaliação do capital das referidas empresas.*

De facto, o Codigo de Aguas, que sob a orientação feliz de ALFREDO VALLADÃO, em boa hora acolhida pelo Governo Provisorio, vem, ao dictar normas para a exploração da industria hydro-electrica, adoptando e abrindo caminho para normas applicaveis a todas as concessões de serviços publicos, consagrou expressamente o criterio do custo historico, ao estabelecer, em seu art. 180, a fixação trienal das tarifas, sob a forma de serviço pelo custo, *"tendo-se em consideração, no avaliar a propriedade, o custo historico, isto é, o capital effectivamente gasto, menos a depreciação"*. (n.º II), accrescentando o art. 199, § unico, que "nas concessões para o aproveitamento das quédas d'agua de propriedade privada, para serviços publicos federaes, estaduaes e municipaes, *ao custo historico das installações deverá ser addicionado o da quéda d'agua, para o effeito de reversão com ou sem indemnização"*.

E o decreto n.º 852, de 11 de novembro de 1938, que modificou, em alguns pontos, o Codigo de Aguas, estabelecendo providencias para sua applicação, baseia-se expressamente nesse criterio do *capital realmente investido nas installações* para a fixação das multas qoe estabelece (arts. 15 e 16, § unico).

Do mesmo modo o decreto federal n.º 24.599, de 6 de julho de 1934, que autoriza a concessão de obras e melhoramentos dos portos nacionaes, seu apparelhamento e exploração do respectivo trafego, *estabelece, como capital inicial da concessão, as despesas com a realização das obras e melhoramentos* constantes dos projectos approvados pelo Governo Federal, as quaes deverão, para esse effeito, ser verificadas e reconhecidas pelo Governo (arts. 5, 6 e 7), sendo de notar que *"o capital da concessão,*

reconhecido pelo Governo como applicado nas installações portuarias de um porto nacional concedido, *será a somma das importancia totaes demonstradas pela conta do capital inicial e pelas diversas contas do capital addicional* (art. 10).

Finalmente o art. 14, § 2.º, determina que "desde que a renda liquida apurada na tomada de contas annual se mantenha, durante dois annos consecutivos, superior a 10% *sobre o total reconhecido pelo Governo como applicado nas installações portuarias*, será revista a tarifa referida no § 1.º, modificando-se as respectivas taxas com o fim de fazer desapparecer a renda excedente áquelle limite.

Como se vê, é a consagração expressa do *custo original* como criterio legal de avaliação do capital, para effeito de fixação das tarifas, em concessões cuja importancia, quer pelo vulto dos capitaes dispendidos, quer pelo que o respectivo serviço representa para o paiz, seria desnecessario salientar.

Tambem a lei estadual n.º 30, de 13 de junho de 1892, que regulou a concessão de estradas de ferro no territorio do Estado de São Paulo, estabelece, em seu art. 23, § 2.º, que "para todos os effeitos resultantes de contractos, as companhias de estradas de ferro em trafego deverão apresentar ao Governo *a respectiva conta do capital empregado na construcção primitiva*, nos melhoramentos da linha e suas dependencias, *podendo essa conta de capital ser augmentada mediante exame e approvação* dos Poderes Publicos competentes, sempre que fôr necessario melhorar, extender ou ramificar as linhas ou augmentar material, *sendo porém somente incluidas na conta do capital as importancias das obras, depois de realizadas*". (§ 3.º).

E o decreto estadual n.º 1.759, de 4 de agosto de 1909, dando regulamento a esses dispositivos, isto é, estabelecendo normas para as tomadas de contas de capital e custeio das estradas de ferro concedidas, refere-se sempre a "*quantias razoavelmente dispendidas*", a "*quantias dispendidas*", ao "*custo do primeiro e completo lote de machinas*, etc." para effeito de avaliação das despezas de primeiro estabelecimento (art. 17), determinando o art. 29 que " para as linhas em construcção ou recentemente construidas, servirão de base para a avaliação das despesas do primeiro estabelecimento as medições finaes *e os preços applicados realmente na construcção*, os documentos de desapropriações e bemfeitorias, os contractos de fornecimentos de materiaes e mais peças justificadas das acquisições feitas e dispendios realizados para effectividade da construcção".

Tambem o decreto estadual n.º 3.179, de 9 de março de 1920, que approvou clausulas para o contracto de unificação de todas as linhas ferreas pertencentes à Companhia Paulista, pará os effeitos do capital, renda e desapropriação ou resgate, e de fixação do capital empregado até 31 de dezembro de 1919, estabelece que as tarifas de todas as linhas ferreas ficam sujeitas à reducção compulsoria sempre que, em dois annos consecutivos, o rendimento liquido das mesmas exceder de 10% ao anno *sobre o capital dispendido e reconhecido pelo Governo* (calusla 4a.), tendo igualmente a Companhia direito à elevação de suas tarifas afim de que o rendimento liquido nunca seja inferior a 8% *do capital dispendido e reconhecido pelo Governo.* (claus. 6a.).

Finalmente o decreto mineiro n.º 8.950, de 25 de janeiro de 1929, que approvou o bem elaborado Regulamento para a concessão de privilegios, construcção o trafego de estradas de ferro no Estado de Minas Geraes, no capitulo IX, relativo às tarifas, estabelece que "normalmente as tarifas serão revistas de tres em tres annos, na base média da intensidade do trafego no periodo anterior, de forma que o rendimento liquido do custeio da estrada nunca seja inferior a 10% *do capital dispendido e reconhecido pelo Governo*", e que "logo que a renda liquida da estrada exceder de 12% do capital invertido na estrada e reconhecido pelo Governo, durante tres annos consecutivos, este terá o direito de baixar as tarifas" (arts. 142 e 147), declarando ainda o art. 157 que "o capital da empresa *consta do capital do primeiro estabelecimento* e do que lhe fôr accrescido, annualmente, mediante approvação do Governo".

46 — Como se vê, é sempre o *custo original* o que serve de base à fixação das tarifas das empresas de serviços publicos, orientação que vem sendo igualmente seguida em outros paizes, como na Inglaterra, onde, modificando o Acto de 1898, que fazia referencia ao *custo actual* (then value) para avaliação de terrenos, edificios, installações, etc., das empresas fornecedoras de energia electrica, adoptou "Electricity Supply Act", de 1926, o criterio do *custo historico* como base da avaliação:

> "The price shall be a sum equal *to the capital properly expended* for the provision of the land, building, works, material and plant in use, or available and suitable for use at the time of the purchase, *less depreciation*".

E no tocante à remuneração do capital das empresas, estabelece:

> "Interest *on money property expended for capital purposes*, and attribuitable to the station and the production of electricity herein".
>
> (V. MACASSEY, *Will's Law relating to electricity supply*, 1932, p. 315).

Na Argentina o decreto de 30 de abril de 1908, que regulamentou a lei n.º 5.315, de 1.º de outubro de 1907, limitou os lucros das empresas de estradas de ferro, para effeito de fixação de suas tarifas, a 6,8% *sobre o capital invertido* (art. 3.º), e o projecto apresentado à Camara, em julho de 1932, pelos deputados, GHIOLDI, DICKMANN e outros, sobre producção, transporte e distribuição de energia electrica, adopta expressamente o criterio do *custo original*, ao declarar facultado à autoridade local revêr as tarifas das respectivas concessões "quando os lucros obtidos pela empresa excedam de 7% *sobre o capital realmente invertido*". (V. BULLRICH, *Derecho Administrativo*, vol. I, p. 286; *El problema de la produción y distribución de la energia eléctrica y sus soluciones legales en los principales paises*, publicação do "Seminario de Ciencias Juridicas y Sociales", B. Aires 1936, pags. 222 e segs.).

CONSIDERAÇÕES FINAES

47 — Não vemos, à vista do exposto, como possa a Companhia Telephonica pleitear tarifas na base de um capital avaliado mediante o criterio do *custo de reproducção, ainda que esse capital fosse expresso em moeda do paiz.*

A fixação de novas tarifas deve, a nosso vêr, proceder-se após as seguintes providencias:

a) — *tomada de contas dos exercicios de* 1936, 1937 e 1938, afim de determinar-se o montante actual da conta de capital, e a renda liquida obtida pela Companhia, nesses exercicios;

b) — *conversão e fixação definitiva, em moeda brasileira, do capital da Companhia.*

Como vimos, tanto a representação do capital em dollares, como a remuneração-dollares, pretendida pela concessionaria, são hoje inadmissiveis, em face do decreto federal n.º 23.501, de 1933, que prohibiu as estipulações de pagamento em ouro, ou em determinada especie de moeda.

A conversão deve ser effectuada *procedendo-se à conversão de cada uma das parcellas invertidas no serviço ao cambio das datas respectivas, ou, pelo menos, ao cambio médio do anno respectivo*, e não ao cambio actual, como pretende a Companhia (vide inform. do Dr. PLINO BRANCO, a fls. 6 e 7).

E' de notar, aliás, que muito embora tivesse a Camara adoptado o criterio da avaliação pelo cambio actual, em 1926, o proprio dr. PIRES DO RIO, então Prefeito da Capital, *defendeu a adopção do criterio da avaliação pelos cambios das datas das inversões de capital*:

> "Pensamos que *a conversão se deve fazer nas épocas em que as despezas foram realizadas*, nas épocas em em que o capital-ouro veio para o nosso paiz ou em que o dinheiro papel sahiu do nosso paiz, atravez as taxas de cambio feitas pelos bancos nacionaes e extrangeiros" (loc. cit., pag 20),

e mais adiante, depois de declarar que a razão estava com o dr. PAULA SOUZA, para o qual "o capital, deduzido por avaliação, em determinada época, não nos pode interessar", accrescentava:

> "Effectivamente, temos que procurar conhecer qual *o capital realmente investido na compra da velha companhia* e na sua reconstrucção; esse capital, que seja o ouro americano ou a esterlina, *convertido em papel na época de sua importação*, ou que seja o papel brasileiro, convertido em ouro, *na época de sua exportação ou de sua incorporação à propriedade*, tem direito a uma razoavel remuneração. Sommada esta às despezas totaes de custeio (incluida a parcella que se reserva para corrigir as depreciações das installações) deve ter-se quantia igual à receita total, fornecida pelas taxas que o poder publico, pelo contracto, autorisa. *Ensina, muito bem, o dr. Paula Souza*:
>
> *"Julgamos que o capital de uma empreza é o que, para constituil-a, foi realmente dispendido"*.
>
> (loc. cit., pag. 28).

Seria necessaria melhor e mais autorizada defesa do custo historico, e da conversão do capital segundo o criterio defendido pela Divisão de Serviços de Utilidade Publica, e que tambem reputamos, durante todo este trabalho, como unico compativel com os interesses da collectividade e com os principios juridicos applicaveis às concessões?

c) — *determinação de remuneração justa ou adequada*, mediante fixação de *tarifas razoaveis.*

Realizada a tomada de contas dos ultimos exercicios, e fixado o capital da Companhia, mediante o criterio de conversão a moeda nacional, acima indicado, restará proceder à determinação da *remuneração justa ou adequada* desse capital, segundo o art. 147 da Constituição Federal.

Surge aqui, porém, a questão de saber se, dispondo a Constituição que *a lei federal regulará a fiscalisação e revisão das tarifas dos serviços publicos explorados por concessão, etc.*, poderá o Municipio proceder à fixação das novas tarifas da Companhia ou, ao contrario, deverá esperar a promettida lei federal, para determinal-as segundo o criterio desta.

Parece-nos que, emquanto não elaborada a referida lei federal, são os Estados e os Municipios, como a propria União, absolutamente livres para estipularem as tarifas dos respectivos serviços concedidos, principalmente em se tratando não de tarifas em vigor, de accôrdo com disposições contractuaes, mas de *fixação de novas tarifas, sejam estas iniciaes, sejam modificativas de outras, estipuladas para periodos já decorridos*, como no caso em apreço.

Decidir de modo contrario equivaleria a desconhecer a autonomia dos Estados e dos Municipios, para a organização e gestão dos seus proprios serviços, e, portanto, para a fixação das condições do respectivo exercicio por meio de concessão, e a admittir ainda o absurdo de, à espera da lei federal prevista na Constituição, ficarem os Estados e os Municipios, bem como a propria União, impossibilitados de conceder novos serviços, ou de revêr as tarifas dos já concedidos, o que seria, em muitos casos, essencialmente prejudicial aos interesses da collectividade, resultado que, em hypothese alguma, estaria na intenção do legislador constituinte.

48 — Afastada essa duvida, as novas tarifas devem, como é evidente, ser estabelecidas tendo-se em vista o criterio basico contido no dispositivo constitucional: *para que o capital dellas retire, no*

interesse collectivo, uma retribuição justa ou adequada, attendidas convenientemente as exigencias de expansão e melhoramento dos serviços.

A composição e calculo dessas tarifas constitue, como é evidente, problema de ordem technico-financeira, a ser resolvido com dados da mesma natureza, referentes à situação da Companhia e ás circumstancias especiaes relativas ao serviço telephonico e, assim considerada, a questão estaria absolutamente fóra das nossas attribuições e das finalidades deste trabalho.

Como, entretanto, ao lado desse caracter economico predominante, apparecem indiscutivelmente aspectos juridico-administrativos, de não menor importancia, intimamente relacionados com o primeiro, e que devem necessariamente ser tomados em consideração, parece-nos conveniente mencionar desde logo, os principios que, a nosso ver, devem orientar a fixação das novas tarifas:

1º — Reconhecida a verdade incontestavel de que o *serviço adequado* constitue a exigencia fundamental, do ponto de vista das necessidades publicas, e que não deve ser sacrificada por considerações relativas ao expediente financeiro ou à questão das tarifas (BAUER, loc. cit., pag. 16), e dahi o dizer o mesmo autor que *as tarifas seguem, e não precedem o serviço* (rates follow service, not the reverse), é fóra de duvida que o criterio basico para a fixação das tarifas deve ser o do *custo do serviço*, que deverá comprehender: a) todas as despesas de operação, impostos e taxas lançados sobre a empreza, etc; b) as reservas para depreciação; c) a remuneração do capital invertido no serviço; (vide n.º 7 supra);

2º — para effeito da remuneração, deve o capital ser avaliado pelo criterio do *custo historico*, devidamente comprovado, e expresso em moeda corrente nacional;

3º — *Quanto á justa remuneração do capital:*

A remuneração do capital, já o vimos, deve, de accôrdo com a doutrina e com a propria Constituição Federal, ser *justa* ou *adequada*, expressão equivalente à "*fair return*" dos norte-americanos, e que, pela sua imprecisão, suscitará aqui as mesmas duvidas que se têm levantado a respeito, na America do Norte.

Por exemplo: *qual a taxa de juros a ser considerada remuneração justa do capital empregado no serviço?*

O contratacto da Cia. Telephonica estabelece, na clausula 26ª, § 3º, que

> "Si as condições dos mercados financeiros forem analogas às actuaes, as taxas serão calculadas, *quando revistas, para que produzam a remuneração média de dez por cento (10%) sobre o capital reconhecido.* A remuneração poderá, na realidade, variar até doze por cento (12%).
>
> "O excesso de lucros sobre doze por cento (12%) do capital, será levado à conta do fundo de reserva, que será empregado, quando necessario, para completar a somma exigida para distribuição de oito por cento (8%) de remuneração, nos annos de menor receita, quer passados, quer futuros, durante cada periodo de vigencia das taxas, ou para construção de obras novas; neste ultimo caso, tal excesso não poderá ser levado à conta de capital, para fins de remuneração".

Como se vê, *prefixou o contracto as taxas remuneratorias do capital da Companhia, mesmo para as revisões futuras*, quando, entretanto, a lei de autorização, nº 2.965, de 1926, silenciara absolutamente sobre o assumpto, antes dispondo que "decorridos quatro (4) annos, a partir da assignatura deste contracto, e, dahi por diante, no fim de cada periodo de cinco (5) annos, as taxas mencionadas nos ns. I, II e III da presente clausula *serão revistas, por accôrdo entre a Prefeitura e a Companhia.* No caso de não se chegar a um accôrdo, as divergencias serão resolvidas por arbitramento, na forma indicada pela clausula 13.ª deste contracto".

Dahi a consulta do Sr. Prefeito Municipal (fls. 38, item *d*) sobre "*se a maneira de fixação das tarifas, estabelecida pelo Executivo na clausula 26.ª do contracto não exorbitou algo sobre o criterio enunciado pela lei municipal para as revisões, criterio este que apenas dizia que seriam feitas de commum accôrdo, e, no caso affirmativo, se ainda se torna obrigatoria a observancia daquella maneira de fixação.*"

Parece-nos que o contracto evidentemente exorbitou dos termos da autorização contida na lei 2.965, visto como a prefixação das taxas remuneratorias do capital da Companhia não sómente *não foi estabelecida na referida lei*, como ainda *contraria*

abertamente o preceito desta, segundo o qual as revisões seriam feitas por commum accôrdo entre a Prefeitura e a concessionaria, sendo, por isso mesmo, nulla de pleno direito a mencionada disposição contractual, como passamos a expôr.

49 — Pelo disposto no art. 17 da lei estadual nº 1.038, de 19 de dezembro de 1906 — lei de organização municipal vigente ao tempo da celebração do contracto, — à Camara Municipal competia

> "conceder privilegios para a construcção de estradas dentro do Municipio, ou para obras e serviços que dependam de grandes capitaes", (nº 7),

accrescentando o art. 18, nº 11, que à mesma Camara competia ainda

> "*deliberar sobre serviço telegraphico e telephonico dentro da Municipio*".

Evidente, portanto, que se sómente à Camara Municipal competia deliberar sobre serviço telephonico e respectiva concessão, *unicamente ella poderia tambem deliberar sobre as condições de prestação do mesmo serviço, entre as quaes avulta, pela sua importancia, justamente a fixação das respectivas tarifas e taxas remuneratorias do capital empregado.*

Foi, aliás, o que fez a Camara, nos varios dispositivos da lei n.º 2.965, *e se esta não sómente silenciou sobre essas taxas, nas revisões futuras*, mas ainda expressamente estabeleceu que taes revisões seriam feitas *por commum accôrdo*, entre a Prefeitura e a Companhia, não vemos como admittir possa o dispositivo contractual prevalecer contra o disposto na lei de autorização, maximé se considerarmos que, *mesmo no silencio absoluto da lei, ao Poder Executivo fallecia competencia para deliberar sobre o assumpto, vale dizer, para obrigar validamente a Municipalidade, a tal respeito.*

Dissertando sobre esta materia, e depois de observar que a necessidade de autorização legislativa para celebração de contractos de concessão de serviços publicos justifica-se pelo principio segundo o qual o poder de outorgar concessões, isenções ou privilegios é uma attribuição propria das legislaturas locaes ou do Congresso, ensina BIELSA *que quando a autorização é necessaria para que um contracto da Administração publica se possa celebrar, a lei que a exige deve ser observada, sob pena de nullidade.*

E' que *requisito essencial de todo acto administrativo é a competencia do agente que o pratica.*

Cada agente, diz DUGUIT, discorrendo sobre o mesmo assumpto, *não pode querer juridicamente senão n'um certo dominio e, neste dominio, senão um certo numero de coisas.* Este poder, que pertence a cada orgão ou a cada agente, de querer um certo numero de coisas dentro de certo dominio, forma sua *competencia, e todo acto executado por um orgão ou agente, fóra de sua competencia, é nullo.* (*Traité*, vol. II, p. 377).

E' que, como affirma DE VALLES, o primeiro requisito de validade do acto administrativo é a competencia do orgão de que emana, competencia que é tão essencial quanto a capacidade das partes, no direito privado. O Estado, sem duvida, é sempre plenamente capaz, mas cada uma de suas faculdades faz parte da competencia de um orgão particular, e não pode ser exercida senão por meio delle (*La validitá degli atti amministrativi*, pags. 97 a 98).

Essa é, aliás, a doutrina corrente entre a generalidade dos publicistas, como se poderá verificar em JÉZE, *Principios*, vol. III, pag. 187 e segs; ORLANDO, *Trattato*, vol. pag. RAGGI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pags. 175 e segs; BULLRICH, *Derecho Administrativo*, vol. I, pag. 144 e segs; VELASCO, *El Acto Administrativo*, pag. 181 e segs; SANTI ROMANO, *Corso*, pag. 264 e segs; ODA, *Droit Administratif au Japon*, p. 101 e segs.

Caso quasi identico ao presente, e que merece menção, verificou-se, entre nós, em S. João d'El Rey, cuja Camara Municipal, por acto legislativo, de 1927, autorizara o executivo municipal a contractar, mediante concorrencia publica, a installação e exploração de uma usina hydro-electrica, estabelecendo, ao mesmo tempo, que as tabellas de preços para o fornecimento de energia electrica só poderiam ser modificadas por deliberação do poder legislativo municipal, a partir de 1931, de accôrdo com a Companhia contractante.

Não obstante essa disposição legal, estipulou-se, no contracto, que as tarifas de consumo de luz, força e calor seriam calculadas pela média entre as tabellas então vigentes no Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte e Juiz de Fóra.

Opinando sobre o assumpto, em virtude de litigio entre a Camara Municipal e a concessionaria, visto como a primeira im-

pugnara posteriormente o contracto, nesse e em outros pontos, disse, com sua indiscutivel autoridade, o Ministro FRANCISCO DE CAMPOS:

> "*Evidentemente, não pode prevalecer, contra o que dispõe a lei de autorização, o que em relação às tarifas de consumo estipula o contracto.* A invalidade da estipulação não vicia porém, o contracto, *devendo prevalecer, em logar da clausula invalida, a correspondente da lei de autorização.*
>
> Aliás, em todas as arguições da concedente quanto aos excessos de poder por ella apontados no contracto, está implicita a convicção de que a invalidade de uma clausula qualquer no contracto a este invalida ou anulla na sua totalidade.
>
> De todas as discordancias por elle denunciadas entre o contracto e a lei de autorização, a unica que nos pareceu procedente é, exactamente, a que se refere à revisão das tarifas. Si, porém, em 1931, a concessionaria passasse a cobrar as tarifas previstas na letra *u* da clausula 27, estaria cobrando o indevido, da mesma forma como si, ao envez de cobrar as tarifas do contracto, passasse a cobrar os preços que lhe dictasse a sua phantasia. Mas para esses casos é que na lei de autorização e no contracto se provê à fiscalização da concessionaria pelo poder publico.

E insistindo sobre a nullidade apenas parcial do contracto, restricta à clausula relativa á revisão das tarifas, concluia:

> "Convém recordar aqui, para finalizar a parte relativa aos excessos do poder, de que quasi todos imaginarios, o que dispõe o art. 153 do Codigo Civil: "A nullidade parcial de um acto não o prejudica na parte valida, se esta fôr separavel".
>
> Ora, é fora de duvida que a invalidade de uma clausula relativa à revisão de tarifas não pode viciar o contracto na sua parte substancial, sendo, como é, uma disposição accessoria, cuja ausencia em nada altera a essencia das obrigações principaes."
>
> (Pareceres, I, p. 143)

E' evidente, portanto, a nullidade do § 3.º da clausula 26.a do contracto, eis que o direito, alli assegurado à Companhia, de obter remuneração média de 10% nas revisões futuras, choca-se com o disposto no art. 20 da lei de autorização, que, silenciando a respeito, determinou que taes revisões se fizessem *por commum accôrdo entre a Prefeitura e a Companhia.*

Se accôrdo presuppõe discussão de condições, e liberdade de acceital-as ou não, como admittir que o contracto submettesse de ante-mão a Municipalidade a remunerar com taxa tão elevada o capital da Companhia?

Além disso, como já observámos, *faltava ao Executivo Municipal, de qualquer forma, competencia para deliberar sobre o assumpto, de alçada exclusiva da Camara Municipal,* tendo o primeiro, desse modo, não somente infringido a lei 2.965, como contractado sobre materia sobre a qual, salvo autorização da Camara, jámais poderia resolver.

Aliás, ainda que fosse valido o dispositivo contractual em apreço, seria de considerar que o art. 147 da Constituição Federal *firmou, de modo expresso e absoluto, o principio da revisibilidade de todas as tarifas de serviços concedidos, mesmo dos contractos em curso,* e se bem que ainda não tenhamos a lei federal, alli promettida, é irrecusavel que o principio está estabelecido, e *as revisões que se levarem a effeito devem, desde já, orientar-se no sentido do texto constitucional.*

Na determinação da *justa remuneração* do capital deve-se ter em vista a natureza do serviço desempenhado; a existencia, ou não, de monopolio, legal ou de facto; o risco maior ou menor, a que esteja exposto o capital; a necessidade de attrahir capitaes, para expansão e melhoramento do serviço, e a remuneração actualmente obtida por empresas de serviços publicos que corram os mesmos riscos e incertezas, no mesmo logar, sendo de notar que nos Estados Unidos, o "Transportation Act", de 1920, estabeleceu para as estradas de ferro americanas juros de 5,5% e que a Suprema Côrte daquelle paiz tem ultimamente admittido, como razoaveis e aptas para attrahirem capitaes, assegurando assim a expnsão e melhoramentos do serviço, e a confiança do publico, taxas de 7,5 a 8%, as quaes, em se tratando de concessões no regimen de "serviço-pelo-custo", podem subir até 9%, como incentivo à economia da operação. (V. JONES & BIGHAM, loc. cit. p. 270 e segs; ANHAIA MELLO, Boletim cit., vol. XII, p. 207).

Em 1922 a "Interstate Commerce Commission" fixou em 5,3/4% a taxa de remuneração das estradas de ferro, base que, segundo GLAESER, é apreciavelmente inferior às concedidas pelas commissões estaduaes para as empresas de serviços publicos locaes.

Isto se explica, diz elle, porque as estradas de ferro puderam obter emprestimos a juros mais baixos que as demais empresas, e por ahi se vê como circumstancias especiaes podem influir na fixação das taxas de remuneração do capital.

E' necessario considerar ainda, como já tivémos opportunidade de salientar, que o criterio para a fixação das tarifas dos serviços publicos concedidos não pode ser exclusivamente o criterio *economico*, mas ha de ser influenciado tambem por considerações de ordem *politico-sociaes*, taes como os interesses das classes menos favorecidas, necessidade de diffundir o serviço, como meio de expansão do bem estar, cultura e progresso economico da collectividade.

Tendo-se em vista todas essas considerações, o exemplo extrangeiro e as circumstan especiaes do nosso meio, será possivel fixar tarifas que assegurem ao capital das empresas, *no interesse collectivo*, como determina a Constituição, *retribuição justa ou adequada*.

4.º — Na determinação das *despesas de operação*, para effeito de calcular-se o *custo do serviço*, poderão ser tomados em consideração *os factores, fixos ou variaveis, integrantes do custo do serviço telephonico*, mediante adopção de *termos correctivos*, ou *indices economicos, que permittam o reajustamento periodico das tarifas, segundo a variação de preços das varias utilidades necessarias ao apparelhamento e execução do serviço, nos mercados internos e externos*, tal como estabelecem, na França, os mais recentes cadernos de encargos, mantendo-se assim as tarifas em harmonia com as condições economico financeiras geraes do paiz, o que é innegavelmente equitativo e recommendavel, tanto para os concessionarios como para o Poder Publico. (V. JOLY, *Le nouveau régime légal des distributions d'énergie électrique*, p. 181; L'HUILLIER, *Legislation des distribuitions d'énergie electrique*, p. 104 e segs.).

Nestas condições, serão tomadas na devida consideração as compras effectuadas no exterior, isto é, as despesas effectivamente pagas em moeda extrangeira, as variações dos salarios, dos encargos fiscaes e sociaes, etc., dando-se à tarificação base racional e estavel.

Os principios supra encontram-se, quasi todos, consagrados no Codigo de Aguas, cujo art. 180 dispõe:

> "Quanto as *tarifas razoaveis*, alinea *k* do art. 178, o Serviço de Aguas fixará, triennalmente, as mesmas:
>
> I — sob a forma de *serviço pelo custo*, levando-se em conta:
>
> a) todas as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre a empreza, excluidas as taxas de beneficio;
>
> b) as reservas para a depreciação;
>
> c) a remuneração do capital de empreza.
>
> II — Tendo em consideração, no avaliar a propriedade, o *custo historico*, isto é, o capital effectivamente gasto, menos a depreciação;
>
> III — conferindo *justa remuneração* a esse capital;
>
> IV — vedando estabelecer distincção entre consumidores, dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço;
>
> V — tendo em conta as despesas do custeio fixadas, annualmente, de modo semelhante",

constituindo dest'arte o referido Codigo o melhor precedente e a mais autorizada justificativa para que a Municipalidade se oriente nesse mesmo sentido, se já não bastassem as demais razões de ordem legal e doutrinaria, acima invocadas.

Quanto ao *serviço medido*, sua adopção constitue, sem duvida alguma, direito da Companhia, emquanto não revogado pelo poder concedente (lei n.º 2.965, art. 20, n.º IV; contracto. cl. 20.ª.).

As taxas a serem cobradas segundo tal systema não podem, entretanto, ser fixadas arbitrariamente, isto é, sem calculos prévios de que serão justas e razoaveis, tanto para a Companhia como para os usuarios.

Ao contrario, a solução deve ser sempre a de que as tarifas *hão de acompanhar o custo do serviço, sejam cobradas por este ou por aquelle systema*.

As innumeras reclamações das associações de classe, syndicatos, etc, constantes do processo, parecem autorizar a conclusão de que as taxas de serviço medido, propostas pela concessionaria, estão longe de ser razoaveis, e talvez venham mesmo a provocar uma diminuição do uso do serviço telephonico, com evidente prejuizo da propria Companhia.

Tambem devem ser resolvidas, em definitivo, as duvidas existentes quanto à *contabilidade da Companhia, methodos a adoptar e respectiva fiscalização*, afim de tornar-se effectiva, tanto quanto possivel, a disposição contractual que prevê a existencia de uma escripturação autonoma para o serviço telephonico da Capital.

50 — Resta-nos examinar o officio da Companhia, de fls. 1 do processo n.º 90.432/38 annexo, no qual a concessionaria solicita urgente solução para seu pedido de augmento das taxas telephonicas em vigor, ao mesmo tempo que declara, "*para fins de direito, considerar-se exonerada de qualquer responsabilidade que possa advir da insufficiencia, cada dia mais accentuada, do apparelhamento telephonico desta Capital*", e responder à consulta do Sr. Prefeito Municipal sobre o seu alcance e dos meios regulamentares e fiscaes, de que possa dispôr a Prefeitura, para obrigar a empreza a prestar bom serviço e reprimir eventuaes sabotagens destinadas a forçar ou apressar a revisão solicitada (fls. 10).

51 — Dispõe a clausula 18.ª do contracto de 1926 que

> "O systema telephonico da Companhia será o empregado actualmente: ella, porém, se obriga, mediante suggestão da Prefeitura ou espontaneamente, a adoptar todos os melhoramentos ou requisitos *que realizem as completas condições de um excellente serviço telephonico moderno*, isento de inducção electrica e de quaesquer outros defeitos, que perturbem a transmissço clara da palavra, obrigando-se, outrosim, a distribuir e executar o serviço de modo que as ligações e

desligações sejam feitas com a menor demora possivel, comparavel às médias de outras cidades providas de bom serviço telephonico".

Como se vê, obrigou-se a Companhia à prestação de um *excellente serviço telephonico* — dispositivo aliás dispensavel, uma vez que *implicita em toda a concessão está a obrigação do concessionario de prestar serviço adequado* — efficiente, seguro, commodo, continuo, sem discriminação entre usuarios (V. BAUER, loc. cit., p. 13; GLAESER, loc. cit., p. 600; JONES & BIGHAM, p. 387 e segs; p. 428 e sgs; FREUND, *Administrative Powers over Persons and Property*, p. 310 e segs; Decreto Federal n.º 24.643, de 1934 (Codigo de Aguas), arts. 178 e 179).

A' vista do dispositivo contractual, e desse principio fundamental e indiscutido, que deriva da propria natureza do serviço publico, *será licito à concessionaria declarar-se desligada dessa obrigação, sómente porque, a seu vêr ,não seja compensatoria a renda actualmente auferida?*

Sem a menor hesitação respondemos negativamente, e accrescentamos: *ainda que em regimen deficitario, correria à concessionaria a obrigação de prestar serviço adequado*, isto é, serviço condizente com as necessidades do publico, da qual se constituiu servidora, ao substituir-se à Municipalidade na sua execução, salvo o direito a posterior indemnização, uma vez que os prejuizos tivessem sido determinados por circumstancias anormaes e imprevisiveis por occasião de celebrar-se o contracto.

De maneira alguma, porém, se poderia reconhecer aos concessionarios a faculdade de interromperem o serviço, ou de deixarem de prestal-o de forma adequada, maximé em casos como o presente, em que se pode, com muita procedencia, duvidar até de que os lucros da Companhia não sejam os que razoavelmente lhe devam ser concedidos, dadas as diversas circumstancias já mencionadas e a ausencia de tomada de contas nos exercicios 1936-1938.

52 — Estes principios são, hoje, daquelles que não admittem discussão, e como taes reconhecidos pela doutrina e geralmente applicados, principalmente pelo Conselho de Estado francez.

53 — Depois de observar que "a collaboração do contractante a um serviço publico, voluntariamente consentida no contracto administrativo, acarreta, para o mesmo, a obrigação de executar suas obrigações *de modo a não comprometter o funccionamento*

regular e continuo do serviço publico, mas, ao contrario, de facilital-o", e depois de examinar a situação dos contractantes, na hypothese de grandes crises economicas, que venham destruir as bases economicas dos contractos de concessão, accrescenta JÉZE que o problema a resolver-se, em direito publico, não é o mesmo que em direito privado, visto como, no primeiro caso, a ideia preponderante é a de assegurar-se a continuidade do serviço, concluindo:

> "Em direito publico francez, podem-se formular as quatro proposições seguintes, *que resumem a extensão da obrigação do contractante de assegurar pontualmente, em todas as circumstancias, sua collaboração ao serviço publico*, e seu direito a indemnisação, se executa esta obrigação, quando circumstancias excepcionaes e imprevisiveis destruirem as bases do contracto:
>
> 1.ª regra — *O contractante deve cumprir as prestações estipuladas no contracto em todas as circumstancias, mesmo que se produzam acontecimentos economicos excepcionaes, imprevisiveis e independentes da vontade das partes, e que destruam a economia do contracto;*
>
> 2.ª regra — A obrigação do contractante fica paralysada, ou cessa, sómente no caso de impossibilidade material absoluta de executal-a; é o caso de força maior propriamente dita;
>
> 3.ª regra — Si, fóra do caso de impossibilidade material absoluta de execução, o *contractante interrompe sua collaboração ao serviço publico, commette a falta mais grave, incorre nas sancções mais energicas; em particular, fica obrigado a perdas e damnos e incorre na resiliação a seu risco, na rescisão do contracto.*
>
> 4.ª regra — Se, não obstante os acontecimentos economicos excepcionaes, independentes da vontade das partes e imprevisiveis, e que destruam a economia do contracto, o contractante não interrompe sua collaboração ao serviço publico, e faz todos os esforços para continuar nessa collaboração, nas condições previstas, tem o direito de exigir, da Administração, que esta participe das perdas da exploração (theoria da imprevisão). (*Les Contrats Administratifs*, vol. III, pgs. 3 e segs).

Do mesmo modo BONNARD, depois de notar que, para constituir-se o estado de imprevisão, *não é necessario que os acontecimentos tenham tornado a execução impossivel*, bastando que a tenham simplesmente tornado mais difficil e a situação do concessionario um pouco mais onerosa, a ponto de acarretar-lhe um abalo economico, uma situação nitidamente deficitaria, *excluidas, assim, as aleas normaes da empresa*, accrescenta:

> "*A regra de que o concessionario continúa obrigado à execução, não obstante a transformação das bases economicas do contracto, é certa e absoluta.* Desde o seu primeiro aresto (Cie. Génér d'éclairage de Bordeaux, 24 mars 1916, p. 125) o Conselho de Estado tem nitidamente formulado a regra de que, *não obstante as difficuldades da execução, e a situação mais onerosa, e desde que não haja impossibilidade absoluta de execução, o concessionario fica estrictamente obrigado a continuar fazendo funccionar o serviço. O principio foi, a seguir, constantemente mantido e reaffirmado.* (Neste sentido notadamente: C. E. So. Gaz. La Ciotat, 19 fev. 1925, p. 196. Ver tambem, sobre este ponto, as conclusões Latournerie no caso C. E. Cie. Scieries africaines, 9 mars 1928, p. 344, R. D. P., 1928, p. 324".
>
> (Droit Administratif, p. 569 e segs).

No mesmo sentido, BOSC, *La theorie de l'imprevision en matière de concessions de services publics et la jurisprudence du Conseil d'Etat*, in "Revue du Droit Public", 1926, p. 411 e segs; BLONDEAU, *La concession de service public*, p. 215 e sgs; e ainda a *Revue de Droit Public*, annos de 1916, p. 210 e sgs; 1918, p. 242 e segs; 1921, 73 e segs; 1928, p. 328 e segs; 1930; p. 722 e segs.

É evidente que, obrigado à prestação continua do serviço, embora em condições deficitarias, está o concessionario igualmente obrigado à sua prestação *nas condições estipuladas*. E' o que JÈZE dá perfeitamente a entender quando se refere ao "funccionamento *regular* e *continuo* do serviço".

Tambem BAUER, depois de affirmar que o principio basico é o de que *as tarifas acompanham o serviço*, isto é, de que o serviço adequado é a exigencia primordial, do ponto de vista do

interesse publico, adverte que é dever da commissão determinar, em primeiro logar, se os serviços ou melhoramentos são razoavelmente necessarios. Em caso affirmativo, a commissão tem o poder de dar ordens *sem considerar as tarifas existentes ou a situação financeira do concessionario. Se,* conclue elle, *depois de realizados os melhoramentos, o custo excede a renda, haverá então logar para um reajustamento de tarifas, na base do serviço declarado nenecessario pela commissão*:

> "It is the duty of the commission first to determine whether the services or improvements under consideration are reasonably required. *If they are, the commission has the power to issue an order without regard to existing rates or the financial status of the company.* If after the improvements have been provivided the costs exceed the revenue, there is then a question of proper rate adjustment upon the basis of the service that has been declared necessary by the commision".

concluindo que este principio é indubitavelmente são, e deve ser cada vez mais firmemente estabelecido *(the principle is undoubtedly sound and should be even more firmly fixed)* (loc. cit, p. 17).

Ora, se as empresas estão na obrigação de realisar melhoramentos ordenados pelas commissões, sem consideração prévia de sua situação financeira, *como admittir que possam rebaixar o nivel do serviço, por julgarem insufficientes as tarifas fixadas,* ou *assistir, de braços cruzados, a tal rebaixamento, permittindo que o mesmo se verifique?*.

Nem se diga que, no caso em apreço, tenha a concessionaria, de ha muito, direito à revisão das tarifas actualmente cobradas, que sómente deveriam vigorar até 1930.

Como já vimos, houve impossibilidade material de proceder-se a essa revisão, por falta de uma contabilidade adequada do serviço da Capital, cabendo a culpa disso tão sómente à concessionaria, sendo ainda de notar que a suppressão dos pagamentos-ouro, ou em determinada especie de moeda, *tornou impossivel a fixação das novas tarifas, emquanto não se proceder à determinação do capital da Companhia, em moeda nacional, após a tomada de contas dos ultimos exercicios.*

E' de notar-se, afinal, que a Companhia não se encontra, absolutamente, em situação deficitaria. Muito ao contrario, mesmo tomando-se por base as taxas cambiaes dos ultimos annos, al-

tamente desfavoraveis à nossa moeda, a Companhia obteve remuneração-dollares de 1,29%, 3,009%, 2,941%, sobre o capital-dollares, respectivamente em 1933, 1934 e 1935. (V. Annexo fls. 139, vol. II da *Tomada de Contas* de 1935).

Nestas condições, é evidente que nenhum valor juridico pode ter a declaração da Companhia, exonerando-se de qualquer responsabilidade pela deficiencia do apparelhamento telephonico da Capital, e os meios de que a Prefeitura dispõe para obrigal-a à prestação do serviço, de accôrdo com as condições estipuladas, são as multas, previstas na clausula 9.ª do contracto e, em caso de reincidencia, de modo a poder-se concluir pela inexistencia de serviço adequado, a rescisão do contracto, nos termos da clausula 13.ª.

CONCLUSÃO

54 — Pelos motivos expostos, entre os quaes avulta a abolição da clausula-ouro e dos pagamentos em ouro ou em determinada especie de moeda, impõe-se, a nosso vêr, a revisão não sómente das tarifas, mas de varias clausulas do contracto de 1926.

Ao finalizarmos o presente trabalho, seja-nos licito observar que, se por um lado tivémos sempre em vista a defesa do interesse collectivo e a applicação dos principios constitucionaes e legaes vigentes, nem por isso deixámos, por um só momento, de procurar fazer à concessionaria a justiça que ella merece, como collaboradora do progresso e desenvolvimento de nossa capital.

Effectuadas as tomadas de contas relativas aos ultimos exercicios, poderiam os demais estudos e providencias (conversão do capital da concessionaria a moeda brasileira; determinação dos lucros obtidos nos ultimos exercicios em funcção desse capital, etc.) ser levados a effeito por uma commissão, de que fizesse parte um representante da Companhia, effectuando-se finalmente a revisão por accôrdo entre a Municipalidade e a Companhia, tal como preceitúa a clausula 20.ª n.º do contracto vigente.

E' o que nos parece, s. m. j.

São Paulo, 10 de IV de 1939.

J. H. MEIRELLES TEIXEIRA.
(Sub-Procurador)